Schwebezustände bei der Auflassung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Mecklenburgischen Landesuniversität

zu Rostock

vorgelegt von

Herbert Siegfried

Referendar

Rostock

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei

1927

Referent: Professor Dr. Feine

Inhalt.

Seite

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

A. Rechtliche Natur der Auflassung 5
1. Vorbemerkung 5
2. Theorien über die Auflassung 7
a) Rechtsgeschäft (Vertrag) 7
b) Verfügung 12
3. Zeitliches Verhältnis der Auflassung zur Eintragung 13

B. Schwebefähigkeit der Auflassung 15
1. Begriff des Schwebezustandes 15
2. Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB. auf die Auflassung 17

C. Zustimmungsgeschäfte 20

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Teil.

A. Aufschiebend bedingte Schwebezustände 29
1. Beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Auflassungsbeteiligten 29
a) Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Veräußerers . 30
b) Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Erwerbers . . 46
2. Vollmachtlose Vertretung eines Auflassungsbeteiligten 49
3. Auflassung eines Nichtberechtigten 54
4. Verfügungsbeschränkungen eines Auflassungsbeteiligten im ehelichen Güterrecht 61
a) Gesetzliches Güterrecht 61
b) Vertragsmäßiges Güterrecht 69
5. Verfügungsbeschränkungen des Vorerben 74
6. Sondergesetzliche Beschränkungen eines Auflassungsbeteiligten 81
a) Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. 3. 1918 . 82
b) Landesgesetzliche Veräußerungsbeschränkungen . 88
c) Landesgesetzliche Erwerbsbeschränkungen . . . 89
Anhang: Auflassung buchungsfreier Grundstücke . . . 91

B. Auflösend bedingte Schwebezustände 91

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

A. Rechtliche Natur der Auflassung.

1. Vorbemerkung.

Die rechtliche Natur der Auflassung gehörte lange zu den umstrittensten Fragen des bürgerlichen Rechts und ist daher auch Gegenstand einer umfangreichen Spezialliteratur geworden. Bis heute ist keine der aufgestellten Lehren aus dieser Fehde unbestritten hervorgegangen. Aber die Bedürfnisse der Praxis nach ständiger gleichbegründeter Rechtsprechung, haben es schließlich auch den Vertretern entgegengesetzter Theorien im Wege gegenseitiger Annäherung ermöglicht, zu im wesentlichen übereinstimmenden Ergebnissen zu gelangen.

Dem Problem der Schwebezustände bei der Auflassung kann man sich nicht nähern, ohne eine klare Vorstellung von der rechtlichen Natur der Auflassung als eines begrifflich feststehenden Rechtsvorganges gewonnen zu haben. Denn alle Zweifel, die sich bei der Behandlung der Aufgabe ergeben werden, angefangen bei der Frage, ob Schwebezustände bei der Auflassung als einem ohne die Eintragung wirkungslosen Bestandteil des Eigentumsübertragungsgeschäfts an Grundstücken überhaupt möglich sind, beruhen auf den der Auflassung eigentümlichen Abweichungen von den typischen Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts.

Begrifflich bedeutet Auflassung die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers eines Grundstücks über den rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang an demselben — § 925 B.G.B.

Die Auflassung unterscheidet sich von der nach § 873 BGB. für alle Rechtsänderungsgeschäfte über beschränkte Grundstücksrechte erforderlichen formlosen Einigung durch ihren Formzwang. Soweit nicht in den §§ 925, 926 BGB.

20 GBO. Sonderbestimmungen getroffen sind, finden indessen die Vorschriften der §§ 873 ff. BGB., insbesondere die §§ 873 Abs. 2, 878 BGB. auch auf die Auflassung Anwendung. Daraus ergibt sich die wichtige Folge, daß durch die Beobachtung der in § 925 BGB. vorgeschriebenen Form, nämlich die Abgabe der Auflassungserklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt oder einer gemäß Art. 143 EG. BGB. zugelassenen Ersatzstelle gemäß § 873 Abs. 2 BGB., die sofortige Gebundenheit an die Erklärungen herbeigeführt wird. — Ein weiterer, gerade das Vorkommen von Schwebezuständen beschränkender Unterschied liegt in dem Verbot von Bedingungs- oder Befristungsvereinbarungen.

Einigung (Auflassung) und Eintragung bilden das von dem Kausalgeschäft, durch welches die Verpflichtung zur Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung begründet wird, unabhängige Leistungsgeschäft, durch welches die Rechtsänderung bewirkt wird. Unabhängig oder „abstrakt" ist das Leistungsgeschäft im Verhältnis zum Grundgeschäft insofern, als Mängel des letzteren seine Gültigkeit grundsätzlich nicht berühren. Durch die Einigung nun wird der auf den Zweck des Geschäfts gerichtete Wille der Beteiligten erklärt, dessen als gewollt bezeichnete Rechtswirkung jedoch erst mit Hinzukommen der Eintragung eintritt. Die Einigung enthält mithin alle einem Rechtsgeschäft eigentümlichen Merkmale mit der Einschränkung, daß der Erfolg von der der Parteidisposition entzogenen Vollziehung des Formalakts der Eintragung abhängt.

Hieraus ergibt sich, daß Einigung und Eintragung gleich notwendige Voraussetzungen jeder dinglichen Rechtsänderung bilden. Eine andere Frage ist es jedoch, ob sie auch gleichwertige Tatbestandsmerkmale des Rechtsänderungsgeschäfts sind.

Der gesetzlich an keiner Stelle definierte Rechtsgeschäftsbegriff erfordert nach der im wesentlichen übereinstimmend entwickelten Rechtslehre eine gültig abgegebene wirksame Willenserklärung, die geeignet, und dazu bestimmt ist, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung eine Rechtsänderung herbeizuführen. Der Vertrag als Rechtsgeschäftstypus erfordert gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sind.

Ohne die Eintragung vermag auch die bindende Einigung, von der hier nur gesprochen werden soll, da die Auflassung ipso iure bindend ist, keine oder wenigstens nicht die

beabsichtigte Rechtswirkung zu erzeugen, schwebt also völlig in der Luft. Solange die Einigung noch nicht bindend geworden ist, enthält sie selbstverständlich nicht die Spur eines Rechtsgeschäfts.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die bindende Einigung trotz Mangels selbständiger Rechtswirkung überhaupt in dem gebräuchlichen Sinne entweder allein oder nur in Verbindung mit der Eintragung als Rechtsgeschäft und Vertrag aufgefaßt werden kann und in welchem Verhältnis sie zur Eintragung steht.

2. Theorien über die Auflassung.

a) Rechtsgeschäft (Vertrag).

Es ist allgemein anerkannt, daß es wie im Schuld-, Familien- und Erbrecht, auch im Sachenrecht Verträge gibt, ohne daß dieser Ausdruck gebraucht, anstatt dessen vielmehr immer von Einigung die Rede ist. Das Wort vom dinglichen als dem sachenrechtlichen Vertrage ist nicht willkürlich erfunden, fand sich vielmehr bereits im ersten Entwurf zum BGB. und hat dann einen mißverständlichen Sinn erhalten, indem man darunter sowohl die Einigung allein als auch in Verbindung mit der Eintragung verstehen kann und verstanden hat.

Die Schöpfer des BGB. haben gerade mit Rücksicht auf die materiellen Unterschiede des sachenrechtlichen Vertrages von dem feststehenden Vertragsbegriff den Ausdruck „Vertrag" fallen lassen und durch „Einigung" ersetzt. Sie haben leider, obzwar absichtlich, auf eine authentische Interpretation der Rechtsnatur dieser Einigung verzichtet und die rechtsanalytische Verarbeitung der Wissenschaft vorbehalten.

Von den Gründen des Für und Wider, den Vertragsbegriff in das Sachenrecht aufzunehmen, die dann auch später immer wieder zum Beweise für die Richtigkeit der verschiedensten Theorien herangezogen sind, geben die Protokolle ein anschauliches Bild und manchen Fingerzeig für die den Verfassern vorschwebende Auslegung [1]).

Die Anhänger der Vertragstheorie, welche bereits die bindende Einigung als Vertrag auffassen, begründeten ihren Standpunkt damit, daß materiell ein Vertrag gewollt sei. Der Vertrag sei die übereinstimmende, auf eine Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung der Be-

1) Vgl. hierzu Mugdan III, S. 525 ff., daselbst zitiert: Protokolle S. 3393 ff.

teiligten. Der Begriff sei ein allgemeiner, nicht auf das Obligationenrecht beschränkter. Die Kommission habe dies auch dadurch anerkannt, daß sie die grundlegenden Bestimmungen über den Vertrag in den Allgemeinen Teil gestellt habe. Wenn der Eigentümer die Eintragungsbewilligung ausspreche und der Gegner ihre Annahme erkläre, so liege ein Vertrag mit dem dinglichen Inhalte der Eigentumsübertragung (oder sonstigen Rechtsänderung) vor. Daß dieses Rechtsverhältnis nicht ohne das Erfordernis der Eintragung volle Rechtswirkung habe, beeinträchtige nicht seinen Charakter als abgeschlossenen Vertrag. Denn für die Wirkung eines an sich fertigen Vertrages sei auch in anderen Fällen der Eintritt einer Rechtsbedingung erforderlich, z. B. die Bestätigung eines Adoptionsvertrages (§ 1741 BGB.), die Genehmigung eines vormundschaftlichen Rechtsgeschäfts. Die gegenseitigen Parteierklärungen seien die juristisch wesentlichen Bestandteile des Rechtsgeschäfts und dadurch, daß sie sich aufeinander bezögen, ihrem Inhalte nach ein Ganzes mit allen Merkmalen des Vertrages. Diesem abstrakten Leistungsgeschäft müsse man den richtigen Namen geben: das sei der dingliche Vertrag.

Demgegenüber wurde von den Gegnern der Vertragstheorie eingewandt: Der dingliche Vertrag sei ein Kunstgriff, erfunden, um den Eigentumsübergang bei Grundstücken wissenschaftlich zu erklären. Man konstruiere nur einen Vertrag, um dem Juristen das Rechtsverhältnis zu veranschaulichen. Aber diese Konstruktion sei nicht zweifelsfrei und allgemein anerkannt. Eine theoretische Konstruktion zu sanktionieren, sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, da eine einseitige theoretische Auffassung des Gesetzes seiner richtigen Anwendung große Schwierigkeiten bereiten könne. Die Ansicht, welche den dinglichen Vertrag als einen durchaus selbständigen Rechtsakt hinstelle, entspreche nicht der Wirklichkeit. Man könne den ganzen Vorgang bei der Eigentumsübertragung nur so auffassen: das Rechtsgeschäft umfasse nicht nur die Erklärung des Willens der Parteien, sondern auch die Eintragung. Die Willenserklärungen der Parteien seien demnach nur ein Bestandteil des ganzen Rechtsakts, und man könne nicht einen einzelnen Rechtsgeschäftsbestandteil als Vertrag bezeichnen. Wenn es möglich sei, die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien als Vertrag zu charakterisieren und dies den Vorteil biete, ohne weiteres die Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die Verträge klarzustellen, so opfere man doch durch den Gebrauch des Wortes „Vertrag" der juristischen Konstruk-

tion die natürliche Ausdrucksweise für die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von seiten des anderen Teils Einigung zu sagen.

Diese zweite Partei behielt die Oberhand, und der Ausdruck Vertrag wurde durch Einigung ersetzt, da es dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes nicht entspreche, das in Rede stehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu bezeichnen. Zur Entscheidung über die juristische Konstruktion sei die Wissenschaft berufen. Die Juristen würden unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die Parteierklärungen die Grundsätze des Vertrages, Anwendung zu finden hätten, wenn auch das Wort Vertrag im Gesetz nicht gebraucht sei [2]).

Wie zu erwarten, hat sich dann die Wissenschaft in dieselben Lager geteilt wie die Gesetzgebungskommission.

Einen starken Widerhall hat insbesondere die Ansicht gefunden, daß die Einigung allein Rechtsgeschäft und Vertrag sei [3]).

Auch das Reichsgericht hat sich in zahlreichen Entscheidungen dieser Theorie angeschlossen [4]).

Danach ist also die Einigung der grundlegende dingliche Vertrag, das Rechtsgeschäft an sich, und die Eintragung ein im öffenlichen Interesse erforderlicher, die dingliche Rechtswirkung vollendender Vollzugsakt der Behörde. Da nun die Rechtsänderung nur auf dem aus Einigung und Eintragung zusammengesetzten Tatbestand beruht, muß man, um die Eintragung als Rechtsgeschäft dem Typus nach aufzufassen, die Wirkung des Buchrechtsgeschäfts in der Begründung des „Kannrechts" jedes Beteiligten erblicken, durch

---

2) Vgl. Mugdan a. a. O. S. 527, Protokolle S. 3398.

3) Vgl. z. B. Cosack § 176, III, 2*a*, VII, 2, § 196, I, 1; Crome § 347 zu Anm. 27, § 364, 1; Dernburg, III, § 44, 5; Endemann, II, §§ 16 ff., insbes. § 19, 1; Haidlen § 873 I; Kohler, I, § 244, V, II, 2, §§ 4, 3, 33, I; Planck § 873, 2; RGRK. § 873, 7; Fuchs, I, §§ 873, 13, 925, I*b*; Oberneck §§ 37, 4; 50, 4*b*; Predari, II. Abschn. § 1, II, 2; ten Hompel S. 128; Simon S. 55; Manigk S. 203; Staudinger § 873.

4) Vgl. RGZ. 50, 82 (JW. 01, 383); 63, 184 (JW. 08, 297); 66, 99, sowie insbes. hinsichtlich der Anwendbarkeit der Vorschriften des Allg. Teils über Rechtsgeschäfte 68, 99; 78, 873; 89, 369; 99, 87.

Stellung des Eintragungsantrags die Rechtsänderung herbeizuführen.

Daneben bleibt übrig, die Eintragung als für die Wirksamkeit des in der Einigung liegenden dinglichen Rechtsgeschäfts notwendige Rechtsbedingung aufzufassen. Aber diese Konstruktion ist nicht geeignet, die rechtliche Natur des Buchrechtsgeschäfts anders zu erläutern, als durch die Umschreibung des Tatbestandes durch Anwendung des allgemeinen und nicht des viel engeren juristischen Begriffs, der (gewillkürten) Bedingung. Denn um dem Begriff der Rechtsbedingung eine spezifisch juristische Bedeutung zu geben, muß ihre Anwendung auf Fälle beschränkt bleiben, in denen sie sich von der gewillkürten Bedingung nur dadurch unterscheidet, daß sie nicht gewillkürt ist. Dazu gehört, daß sie in Bezug auf den Typus des Rechtsgeschäfts unwesentlich ist, d. h. daß dieses unbeschadet seines Wesens auch unbedingt sein könnte. Eine Rechtsbedingung in diesem Sinne ist z. B. die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Verträgen eines beschränkt Geschäftsfähigen. Dagegen stellt die Eintragung im Verhältnis zum Buchrechtsgeschäft keine Bedingung im juristischen Sinne dar, da dasselbe nicht ohne Eintragung wirksam sein würde [5]).

Demgegenüber steht nun die große Zahl der auf einer strengen Durchführung des Rechtsgeschäftsbegriffs fußenden Gegner, die Einigung und Eintragung als ein einheitliches Rechtsgeschäft und jede von ihnen als unselbständigen Rechtsgeschäftsbestandteil auffassen [6]).

Haben auch die für die Vertragstheorie angeführten Gründe, Willens- und Erklärungsmoment bestimmten das Wesen eines Rechtsgeschäfts, starken Anklang gefunden, so muß doch der Rechtsgeschäftsbegriff bei einheitlicher Durchführung notwendig den unmittelbaren Eintritt einer Rechtswirkung mit umfassen. Diese Rechtswirkung kann nicht in der bloßen Begründung eines Kannrechts zur Herbeifüh-

---

5) Ebenso: Rosenberg § 873, III, 2*a* Abs. 3; Siber S. 123; Bruck S. 11; a. M. zit. bei Rosenberg a. a. O.; Stöver 161, 187; Kober *B*, I, 2*a*, β; u. a.

6) Vgl. Bruck § 3; Eccius in Gruchot Bd. 45, 455 ff., 47, 51 ff.; Enneccerus I, § 137, II, 2; Goldmann-Lilienthal II, § 32, II, 7; Rosenberg § 873, III, 2*a* Abs. 1; Siber S. 102 ff., 129; Ortlieb § 35 ff., 58 ff.; Pabst S. 51 ff., Wolff § 38, II; v. Tuhr II, 1, § 50, II, 5; Kretschmar im „Recht" 1910 S. 78 ff.; Biermann Vorbem. 5*b*, β.

rung des beabsichtigten Erfolges erblickt werden. Denn die erforderte Rechtswirkung soll die durch das Rechtsgeschäft selbst beabsichtigte, also die auf dem Zusammenwirken von Einigung und Eintragung beruhende der Rechtsänderung sein und nicht eine auf einem Tatbestandsmoment beruhende Vorwirkung.

Schon aus dem Ausdruck des Gesetzes, daß durch Rechtsgeschäft über Buchrechte verfügt werden könne, scheint hervorzugehen, daß die Eintragung als zu dem Tatbestand des dinglichen Vertrages zugehörig anzusehen ist. Ihre Zugehörigkeit zum rechtsgeschäftlichen Tatbestand widerspricht auch nicht dem Wesen des Rechtsgeschäfts. Denn nur nach veralteter Anschauung erschöpfte sich das Rechtsgeschäft inhaltlich in einer oder mehreren Willenserklärungen. Da man aber heute, wie bereits früher erwähnt, unter Rechtsgeschäft einen seinem Typus nach zur Erzeugung von Rechtswirkungen geeigneten Tatbestand versteht, der allerdings im wesentlichen aus mindestens einer Willenserklärung bestehen muß, so würde man kaum ein nur aus Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft finden. Jedoch nicht alle für den Eintritt der Rechtswirkung erforderlichen Momente werden vom Tatbestand des Rechtsgeschäfts mit umfaßt, vielmehr, da das Rechtsgeschäft ein Vorgang ist, nur aktuelle, keine zuständlichen (Geschäftsfähigkeit) und nur auf Parteiwillkür beruhende. Ein derartiges aktuelles, neben den Parteierklärungen stehendes Tatbestandsmoment kann beim Zustandekommen von Rechtsgeschäften auch die Mitwirkung einer Behörde sein, wenn ihre Tätigkeit auf dem Parteiwillen beruht. Das ist nicht der Fall, wo zum Beispiel die Rechtswirkung nur von der behördlichen Verfügung abhängt (Erwerb der Rechtsfähigkeit eines Vereins durch Eintragung), oder wo die Rechtswirkung die Bestätigung sowohl eines privaten wie eines behördlichen Erfolgswillens ist (Genehmigung des Vormundschaftsgerichts). Als Bestandteil des Rechtsgeschäfts aber kann die behördliche Mitwirkung gelten, wo sie nur zur Verwirklichung eines privaten Erfolgswillens dient. Da der behördliche Willensakt der Eintragung nur auf den prozessualen Erfolg der Eintragung und nicht auf den materiellen Erfolg der Rechtsänderung gerichtet ist, der Grundbuchrichter auch nur die formellen Voraussetzungen und nicht Grund und Zweck zu prüfen hat, so ist nach der weitergehenden Theorie vom dinglichen Vertrage, d. h. derjenigen Ansicht, die die Einigung nur in Verbindung mit der Eintragung als Vertrag ansieht, die Eintragung nichts anderes

als ein im Dienste des Parteiwillens stehender Bestandteil des Privatrechtsgeschäfts[7]).

Da es in dieser Abhandlung nur darauf ankommt, die Gesichtspunkte ins Licht zu setzen, unter denen Schwebezustände bei der Auflassung als dem dinglichen Vertrage an sich oder einem Bestandteil des dinglichen Vertrages betrachtet werden können, wird von einer Würdigung der aufgestellten Theorien im einzelnen abgesehen.

b) Verfügung.

Für die Erörterung von Schwebezuständen wird die weitere Frage eine Rolle spielen, ob die Auflassung allein oder nur in Verbindung mit der Eintragung als Verfügung anzusehen ist.

Der Begriff der Verfügung, der nirgends authentisch definiert ist, muß aus den für Verfügungen im BGB. aufgestellten Vorschriften abgeleitet werden (§§ 185, 816, 1375, 1395, 1443 ff., 1821/22, 2205, 2112, 893, 2367, 137, 573, 1124 BGB.). Danach ist unter Verfügung ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, verändert, belastet oder aufgehoben wird.

Gegenstand der Verfügung des Buchrechtsgeschäfts bildet das Eigentum oder ein anderes Recht an einem Grundstück bzw. Grundstücksrecht. Das Rechtsgeschäft, durch welches verfügt wird, ist immer ein einseitiges des Verfügungsberechtigten. Die Verfügung ist demnach enthalten in der Einigungserklärung des Berechtigten, die jedoch erst mit dem Hinzukommen der Eintragung wirksam wird. Also wird auch erst mit dem Vorliegen beider Voraussetzungen das verfügungsbefangene Recht unmittelbar betroffen.

Obgleich die Einigung allein die beabsichtigte Wirkung nicht hat, wird ihr vielfach Verfügungseigenschaft zugesprochen, insbesondere hat auch Tuhr[8]), der der Vertragstheorie vom dinglichen Vertrag ablehnend gegenübersteht, den Standpunkt eingenommen, Verfügung sei nicht nur die Veräußerung selbst, sondern auch ihr ein bestimmt geartetes Anwartschafts- bzw. Aneignungsrecht begründendes Vorstadium. Darum seien auch die bindende Einigung des § 873 Abs. 2 und die Auflassung als Verfügung anzusehen, ob-

---

7) Zum Vorstehenden z. B. Siber S. 124 ff. (zit. in Anm. S. 125 Hellwig: Grenzen der Rückwirkung S. 27 ff. als übereinstimmend); dem Sinne nach Rosenberg a. a. O. Abs. 2 u. a.

8) v. Tuhr II, 1, § 54 Anm. 5, § 44 S. 37 ff.

gleich sie erst in Verbindung mit der Eintragung die beabsichtigte Wirkung entfalteten [9]).

Mit der Begründung, daß die Herbeiführung der gewollten Wirkung und daher auch die Eintragung wesentlich zum Tatbestande des Verfügungsgeschäfts gehöre, wird hier der entgegengesetzte Standpunkt vertreten [10]).

3. Zeitliches Verhältnis zur Eintragung.

Im Hinblick auf die Struktur von Schwebezuständen bedarf schließlich noch das zeitliche Verhältnis zwischen Einigung und Eintragung kurzer Erörterung.

Materiell genügt für den Eintritt der Rechtsänderung die Tatsache, daß Einigung und Eintragung vorliegen. Regelmäßig wird die Einigung vorausgehen. Daß sie aber auch nachfolgen kann, ergibt sich aus dem Inhalt des § 878 Abs. 2 BGB. Diese umgekehrte Entwicklung des Rechtsänderungsgeschäfts hat keine andere Folge, als daß das Grundbuch bis zur Erteilung einer Eintragungsbewilligung infolge bereits vorgenommener Eintragung unrichtig geworden ist.

Für die Auflassung bestimmt allerdings § 20 GBO., daß die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist nicht ganz unbestritten. Wenn sie zwingendes Recht enthielte, so würde eine vor der Auflassung vorgenommene Eintragung auch dann die Rechtsänderung nicht herbeiführen und das Grundbuch dauernd unrichtig machen, wenn eine formgerechte Auflassung nachfolgte. Zur Rechtsänderung würde die Auflassung nur in Verbindung mit einer neuen Eintragung führen können [11]).

---

9) Dernburg I, § 112 Anm. 8, spätere Aufl. Anm. 10 (hinsichtlich der Auflassung, weil dieselbe zur Eintragung führe, ohne einen weiteren Antrag der Beteiligten; ebenso KGJ. 24, S. 231 *A*); Simon S. 55; Endemann § 20, 8; K. Förster, Recht 03, 57; RGRK. § 873, 8; Turnau-Förster III, *B* 2 zu § 873; KGJ. 21 *A*, 155 ff.; 37 *A*, 291 ff.; OLG. Rechtspr. 5, 418.

10) Eccius DJZ. 02, 95 u. Gruchot Bd. 47, 54; Goldmann-Lilienthal § 32, II, 10; Pabst S. 51 ff.; Rosenberg § 873, III, 2*b* Abs. 1; Wolff § 38, II, 1.

11) So z. B. Fuchs I, § 873 Anm. 36; Dernburg § 44, II, 4*b*.

Dieser Formalismus ist jedoch im Hinblick auf die materielle Bestimmung nicht zu billigen, nach welcher die Reihenfolge der Vornahme unerheblich ist.

Der § 20 GBO. ist eine Ausnahmebestimmung im Verhältnis zu § 19 GBO., wonach eine Eintragung auf Grund der Eintragungsbewilligung des in seinem Recht von ihr Betroffenen erfolgt, in demselben Sinne wie § 925 lex specialis zu § 873 BGB. Denn wenn materiellrechtlich nach § 925 die Einigung der Beteiligten gleichzeitig vor dem Grundbuchamt zu erfolgen hat, konnte formellrechtlich das formelle Konsensprinzip anstelle des materiellen Konsensprinzips nicht genügen, weil mit der Formalisierung der Einigung in § 925 eine Verfahrensvorschrift, die von ihrem Nachweis absieht und die Eintragung auf Grund einseitiger Bewilligung des Veräußerers zuließe, nicht vereinbar wäre. Darum bestimmt § 20 GBO., daß dem Grundbuchamt das Zustandekommen der Auflassung als der für den Rechtserfolg der Eintragung unumstößlichen Voraussetzung vor dieser nachzuweisen ist. Daneben bedarf es keiner Eintragungsbewilligung nach § 19 BGO., wobei es dahingestellt bleiben kann, ob die Auflassungserklärung des Veräußerers eine Eintragungsbewilligung enthält, enthalten kann oder enthalten muß. Zur Vornahme der Eintragung durch das Grundbuchamt ist außer formgerechter Auflassung nur noch ein besonderer Antrag auf Eintragung gemäß § 13 GBO. erforderlich, weil diese Bestimmung eine vom formellen und materiellen Konsensprinzip völlig unabhängige Norm enthält. Jedoch kann sein Fehlen die Rechtsänderung nicht hindern, wenn ohne ihn eingetragen wird.

Wenn demnach § 20 GBO. nur eine Ausnahmebestimmung zu § 19 GBO. enthält, so stellt sie ebensowenig wie diese eine zwingende, sondern nur eine Ordnungsvorschrift dar. Ihre Verletzung ist materiell bedeutungslos. Sollte also z. B. infolge eines Versehens des Grundbuchrichters die Eintragung bereits vor einer wirksamen Auflassung erfolgen, so braucht die letztere nicht wiederholt zu werden, um die Rechtsänderung herbeizuführen. Der Eigentumsübergang tritt jedoch erst mit Vornahme der Auflassung und nicht etwa mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der voraufgegangenen Eintragung ein.

Die vorstehenden Bemerkungen über die rechtliche Natur der Auflassung und ihr zeitliches Verhältnis zur Eintragung werden als Grundlage für die eigentliche Aufgabe der Abhandlung genügen, die Auflassung als juristischen Tatbestand auf Schwebefähigkeit und Schwebefälle hin zu prüfen.

B. Schwebefähigkeit der Auflassung.

1. Begriff des Schwebezustandes.

„Schwebezustand" im juristischen Sinne ist ein Zustand objektiver Ungewißheit der Rechtswirkung eines Tatbestandes. Dieser Tatbestand umfaßt sämtliche positiven oder negativen Erfordernisse (Ereignisse oder Zustände), an welche die Rechtsordnung eine Rechtswirkung knüpft [12]).

Die Rechtswirkung beruht also auf dem Zusammenwirken aller vom Tatbestand umfaßten und für den Erfolg wesentlichen Merkmale.

Ein sog. aufschiebend-bedingter (suspensiver) Schwebezustand der Rechtswirkung eines Tatbestandes liegt dann vor, wenn es ungewiß ist, ob eine zu seiner Vollendung erforderliche Tatsache eintreten, oder wenn es möglich ist, daß eine rechtshindernde Tatsache sich ereignen wird, ein sog. auflösend bedingter (resolutiver) Schwebezustand, wenn es ungewiß, aber möglich ist, daß eine bereits eingetretene Tatsache nachträglich wieder aufgehoben werden wird [13]).

Wenn die Rechtswirkung eines bis dahin schwebenden Tatbestandes erst vom Augenblicke des Vorliegens der letzten zu seiner Vollendung erforderlichen Tatsache an eintritt, spricht man von reinen „Schwebezuständen" [14]).

Im Gegensatz dazu wird die Wirkung der entscheidenden Tatsache oft auf einen früheren Zeitpunkt zurückverlegt. Das Gesetz spricht hier von Rückwirkung (§ 184 BGB.), Rückziehung (§ 159 BGB.) und anders (z. B. § 142 BGB. usw.).

Zweifelhaft ist das Wesen der Rückwirkung insofern, als Streit darüber besteht, ob der Zustand während der Schwebezeit bis zum Eintritt der rückwirkenden Tatsache in gewissem Sinne als ein endgültiger oder als ein provisorischer aufzufassen ist.

Nach der sogenannten Fiktionstheorie [15]) ist der Rechtszustand während der Schwebezeit ein endgültiger. Un-

12) Enneccerus I, § 127, I.
13) v. Tuhr II, 1, § 43, IV.
14) Enneccerus I, § 75, 2.
15) Lit. zit. bei v. Tuhr II, 1, § 43 Anm. 90: Bekker § 114, Beilage 1, § 115, N. 1; Regelsberger § 118, VI; Kipp Zus. 1 zu Windscheid § 349; Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen S. 266 ff.; Hellwig, Rechtskraft § 116; ders. Grenzen der Rückwirkung S. 6 ff. u. a.

gewißheit soll nur über seine spätere Gestaltung nach Eintritt oder Ausfall der letzten rückwirkenden Tatsache bestehen. Tritt der fehlende Umstand ein, so „gilt" die Rechtswirkung als bereits in dem zurückbezogenen Augenblick eingetreten, fällt er aus, so „gilt" der Zwischenzustand als niemals vorhanden gewesen.

Nach anderer Ansicht[16]) ist die Rückwirkung ohne das Mittel solcher Fiktion, eine unzweifelhaft wahre oder unwahre Tatsache in den entgegengesetzten Sinn zu stellen, zu erklären. Hiernach ist der Rechtszustand während der Schwebezeit ein vorläufiger, über dessen Inhalt oder Bestand der Eintritt oder Ausfall der ausstehenden Tatsache deklarativ entscheidet. Man spricht, z. B. Enneccerus a. a. O., von einem „Schwebezustand mit provisorischer Regelung."

Zwischen beiden Meinungen vermittelnd tritt Tuhr[17]) grundsätzlich der Fiktionstheorie bei, die in den meisten Fällen eine zutreffende Erklärung der Rückwirkung gestatte. Jedoch könne es Rückwirkungsfälle geben, in denen nicht schon vorher ein „bestimmter, nur von der Möglichkeit der Rückwirkung bedrohter Rechtszustand", sondern ein „objektiv ungewisser, alternativer, durch die rückwirkende Tatsache nachträglich entschiedener Rechtszustand" anzunehmen sei. Das spätere Ereignis müsse aber nicht deklarative, sondern konstitutive Bedeutung haben. Denn deklarativ könne eine Tatsache nur bei bestehender subjektiver Ungewißheit (Unkenntnis) wirken, während der Eintritt einer rückwirkenden Tatsache, z. B. Genehmigung oder Anfechtung, erfahrungsgemäß objektiv ungewiß sein müsse.

Für die vorliegende Aufgabe mag dahingestellt bleiben, welches Ergebnis vorzuziehen ist. Offenbar aber ist doch ein von Rückwirkung bedrohter Rechtszustand nur ein vorläufiger.

Eine Rückwirkung kann nur auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Dahingehende Parteivereinbarungen sind unzulässig, weil durch sie in die Interessen an dem Rechtszustand etwa mitbeteiligter Dritter eingegriffen werden könnte. Dadurch ist jedoch nicht die Möglichkeit obligatorischer Verpflich-

---

16) Lit. zit. bei v. Tuhr a. a. O. Anm. 95; Fitting, Begriff der Rückziehung S. 119 ff.; Biermann § 38; Enneccerus I, § 75, 3.

17) v. Tuhr II, 1, § 43, V, S. 23 ff.

tungen ausgeschlossen, die unter Umständen den Erfolg der Rückwirkung bewirken können[18]).

Den Folgen der Rückwirkung sind in einigen Fällen gesetzliche Schranken gezogen, indem bestimmte, während der Schwebezeit eingetretene Rechtswirkungen unberührt bleiben, z. B. § 184 II. BGB.[19]).

Auch im Wege der Auslegung[20]) ist eine Beschränkung der rückwirkenden Kraft einer Tatsache nicht ausgeschlossen, wenn die sinngemäße Anwendung eines anderen Rechtssatzes entgegensteht[21]).

2. Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des BGB. auf die Auflassung.

Aus der vorhergehenden Erörterung über den Begriff des Schwebezustandes ergibt sich, daß schwebefähig grundsätzlich nur Rechtsgeschäfte, nicht auch Rechtsgeschäftsbestandteile sind, da ja gerade der rechtsgeschäftliche Erfolg Gegenstand der schwebenden Ungewißheit ist.

Daraus wäre grundsätzlich zu schließen, daß die Auflassung nur vom Standpunkt der Vertragstheorie schwebefähig ist, während nach der Ansicht ihrer Gegner nur das ganze, die Eintragung mitumfassende Eigentumsübertragungsgeschäft bei Vorliegen von Pendenzgründen konvalescieren könnte. Wenn daher von Schwebezuständen bei der Auflassung nicht nur auf Grund einer einzigen und gerade in der neueren Literatur immer mehr zurückgedrängten Theorie gesprochen werden soll, wird zu prüfen sein, ob nicht die auf der Zusammensetzung eines Tatbestandes beruhenden Besonderheiten des sachenrechtlichen Vertrages geradezu verlangen, den Schwebezustand auf seinen wesentlichen rechtsgeschäftlichen Bestandteil, die Einigung bzw. Auflassung, zu beschränken.

Dabei ist es zweckmäßig, von den Gründen auszugehen, auf denen die typischen Schwebezustände beruhen. Regelmäßig liegt dem Erfordernis der zur Beendigung eines Schwebezustandes, nämlich dem Eintritt oder der Auf-

18) Näheres hierzu u. Lit. vgl. v. Tuhr II, 1, § 43 S. 25—29.

19) Hierzu v. Tuhr a. a. O. S. 25, verwiesen auf Bernhöft a. a. O. S. 247 ff.; Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 13.

20) z. B. RGZ. 58, 258.

21) Hierzu v. Tuhr a. a. O. Anm. 104.

hebung der Rechtswirkung eines Tatbestandes notwendigen Tatsache die Parteivereinbarung einer Bedingung oder eine positive gesetzliche Bestimmung zugrunde.

Für die Möglichkeit von Schwebezuständen bis zum Eintritt oder Ausfall einer gewillkürten Bedingung ist bei der Auflassung kein Raum. Denn nach § 925, II BGB. ist eine Auflassung unwirksam, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt. Auch die Hinzufügung einer von den Parteien zur rechtsgeschäftlichen Bedingung erhobenen Rechtsbedingung würde die Auflassung ohne weiteres nichtig machen [22]).

Die Gründe, auf welchen Schwebezustände bei der Auflassung beruhen können, müssen sich mithin unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, wodurch sich der Kreis der Schwebefälle typischer Art ohne weiteres auf eine bestimmte Zahl beschränkt, die nur durch das Zusammentreffen konkurrierender Gründe erweitert wird.

Die gesetzlichen Grundsätze der Schwebezustände sind in den Vorschriften des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte verankert. Schwebezustände liegen danach vor, wenn ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft der Einwilligung des Zustimmungsberechtigten entbehrt und seine Wirksamkeit von der ungewissen Erteilung nachträglicher Genehmigung abhängt, oder wenn einem Rechtsgeschäft der Mangel der Anfechtbarkeit anhaftet und sein Fortbestand durch die Ausübung des Anfechtungsrechts bedroht ist. Im ersteren Falle handelt es sich um suspensiv, im zweiten um resolutiv bedingte Schwebezustände.

Daß der Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte auf den dinglichen Vertrag insoweit keine Bedenken entgegenstehen, als nicht im Sachenrecht abweichende Bestimmungen getroffen sind, ergibt sich aus ihrer die übrigen Bücher des BGB. beherrschenden Voranstellung.

Nach der Vertragstheorie können daher die Vorschriften über zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte auf die Auflassung unmittelbare Anwendung finden.

Nach der Nichtvertragstheorie dagegen könnte eine unmittelbare Anwendung nur dann in Frage kommen, wenn auch die Eintragung bereits vorliegt. Praktisch gesprochen würde danach die Zustimmung des Vertretenen zu der Auflassungserklärung eines vollmachtlosen Vertreters dann als

22) Vgl. KGJ. 36, *A*, 194; OLG. Rechtspr. 20, 69; RGRK. § 925, *A*, 14, a. E.

Einwilligung anzusehen sein, wenn sie entweder vor dem Vorliegen jeglicher Rechtsänderungsvoraussetzung oder zwischen Einigung und Eintragung, gleichgültig, welcher Teil vorausgeht, erteilt wird. Ein Schwebezustand läge in keinem dieser Fälle vor. Bei Erteilung der Zustimmung zwischen vorausgehender Eintragung und Auflassung wäre das Grundbuch zunächst unrichtig geworden und erst mit der Auflassung mit der wirklichen Rechtslage in Einklang gebracht. — Wird die Zustimmung nach Auflassung und Eintragung, gleichgültig welche von beiden vorausgegangen ist, erteilt, so ist sie als Genehmigung anzusehen, bis zu deren Erteilung sich die Rechtswirkung des ganzen Geschäfts in der Schwebe befindet. Aus dieser Konstruktion würden sich aber bedenkliche und vom Gesetzgeber vermutlich nicht beabsichtigte Konsequenzen ergeben, wie z. B. daß der Auflassungsgegner vor der Eintragung, die formell nach § 20 GBO. ja garnicht vor ordnungsmäßiger Auflassung erfolgen darf, den Vertretenen nicht mit der Rechtsfolge des § 177 Abs. 2 BGB. zur Erklärung über die Genehmigung auffordern und dadurch die Beendigung der Ungewißheit herbeiführen kann, und ferner auch im Falle seines Vertrauens auf die Vertretungsbefugnis nicht zum Widerrufe gemäß § 178 BGB. berechtigt ist. Er wäre mithin auf unbestimmte Zeit an die Auflassung gebunden, nämlich so lange, bis der Vertretene freiwillig die Genehmigung erteilt. Das könnte bei größerer Verzögerung dem Interesse des Auflassungsempfängers ohne einen berechtigten Grund zuwiderlaufen.

Hier greift indessen der bereits von der Gesetzgebungskommission gemachte, oben erwähnte Vorbehalt ein, die Wissenschaft solle ihrerseits untersuchen, inwieweit die Vorschriften des Allgemeinen Teils auf die Einigung bzw. Auflassung anwendbar seien. Auf diesem Wege gelangt denn auch ein Teil der Gegner der Vertragstheorie durch entsprechende Anwendung der fraglichen Bestimmungen auf die bindende Einigung bzw. Auflassung zu den gleichen praktischen Resultaten wie die Anhänger der Vertragstheorie.

Wenn man also auch die Auflassung weder als Vertrag noch als Rechtsgeschäft auffassen will, so ist sie doch das Willens- und Erklärungsmoment des Vertrages und besteht aus Willenserklärungen [23]). Es unterliegt daher keinen Bedenken, auf sie die Vorschriften über Willenserklärungen,

23) RGZ. 89, 371.

Rechtsgeschäfte und Verträge insoweit anzuwenden, als nicht ihre Natur als Bestandteil eines sachenrechtlichen Vertrages oder besondere Vorschriften des Sachenrechts entgegenstehen. Daraus ergibt sich, daß die Auflassung insoweit als Rechtsgeschäft zu behandeln ist, als es auf das Willens- und Erklärungsmoment ankommt, dann aber, wenn der Erfolg in den Vordergrund tritt, Auflassung und Eintragung zu solcher Behandlung notwendig sind, weil gerade das Fehlen eines selbständigen Erfolges die Auflassung vom Rechtsgeschäft unterscheidet [24]).

Für Schwebezustände in Betracht kommend ergibt sich aus dem Vorstehenden vor allem die unmittelbare bzw. entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung und Vollmacht. Bedingung und Zeitbestimmung sind nach § 925 Abs. 2 BGB. für die Auflassung ausgeschlossen. Die Vorschriften über Einwilligung und Genehmigung sind nach Maßgabe des Dafürhaltens anzuwenden, ob die Auflassung allein oder nur in Verbindung mit der Eintragung als Verfügungsgeschäft anzusehen ist. Beiläufig sei bemerkt, daß die Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen, §§ 145 ff. BGB., nicht ohne weiteres passen; ob und inwieweit, interessiert jedoch für die Frage der Schwebezustände nicht [25]).

Die aus diesen Prämissen für die Schwebezustände zu ziehenden Resultate sollen im einzelnen im besonderen Teil behandelt werden.

C. Zustimmungsgeschäfte.

Im allgemeinen Teil wird von dem Wesen der Zustimmung eingehender zu sprechen sein als der neben der Anfechtung wichtigsten Voraussetzung zur Vollendung bzw. Aufhebung abtretender Auflassungen.

Das Erfordernis der Zustimmung eines Dritten, einer Privatperson oder einer Behörde, soll entweder den Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Berechtigung oder der Verfügungsberechtigung eines Auflassungsbeteiligten bzw. des Auflassenden ausgleichen, oder es wird in den Fällen

24) Rosenberg § 873, IV, 1; Bruck S. 14; Siber § 18, II, 3.

25) Vgl. hierzu Rosenberg § 873, IV, 1c, Literatur ebenda.

landesgesetzlicher Erwerbs- und Veräußerungsbeschränkungen lediglich aus dem Grunde eines öffentlichen Interesses an der Verteilung des Grundbesitzes aufgestellt.

Für die Zustimmung sind in den §§ 182 ff. BGB. Regeln enthalten, die für einzelne Fälle durch besondere Vorschriften ergänzt werden, z. B. §§ 107 ff. hinsichtlich der gesetzlichen, §§ 167 ff. hinsichtlich der vollmachtlosen Vertretung usw. Bei der rechtsgeschäftlichen Zustimmung wird zwischen der Einwilligung als vorheriger und der Genehmigung als nachträglicher Zustimmung unterschieden. Diese Terminologie erleidet jedoch Beschränkungen, indem z. B. die Zustimmung des Gegenvormundes in §§ 1812 ff. BGB. allgemein als Genehmigung bezeichnet wird. Ebensowenig ist diese Ausdrucksweise auf die behördliche Zustimmung, die durchweg als Genehmigung bezeichnet wird, anzuwenden.

Die Zustimmung ist ebenso wie ihre Verweigerung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die gemäß § 130 BGB. mit ihrem Zugehen wirksam wird und bis zu diesem Zeitpunkt widerrufen werden kann. Eine entsprechende Anwendung der für die Vollmacht geltenden Vorschriften §§ 171—172 BGB. auf die Zustimmung (öffentliche Bekanntmachung, Mitteilung, Vorlegung einer Urkunde) ist regelmäßig ausgeschlossen [26]). Das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft wird nach dem Zugang der Zustimmungserklärung auch dann wirksam, wenn die Beteiligten davon keine Kenntnis haben.

Nach Wahl des Zustimmenden ist die Zustimmungserklärung im allgemeinen entweder an die Person zu richten, deren Erklärung der Zustimmung bedarf (interne Zustimmung), oder an den Erklärungsgegner (externe Zustimmung): § 182 Abs. 2 BGB. Eine Ausnahme ergibt sich jedoch aus § 181 BGB., wenn jemand ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, dem er selbst in anderer Eigenschaft zustimmen muß; in diesem Falle kann er die Zustimmung nicht sich selbst, sondern nur dem Gegner gegenüber erklären [27]). Eine an eine dritte Person oder Behörde gerichtete Zustimmungserklärung hat keine Wirkung, wenn dieselbe nicht Adressatin ist [28]).

---

26) v. Tuhr II, 2, § 78 Anm. 94. a. M. Enneccerus I, 1, § 191, I, 5, wonach auf Einwilligung und Genehmigung die Vorschriften der §§ 170—172 BGB. entsprechende Anwendung finden sollen.

27) RGZ. 85, 81; v. Tuhr II, 2, § 78 Anm. 96.

28) v. Tuhr a. a. O. Anm. 99; Planck § 182, I, RGZ. 64, 153; 85, 51; OLG. Rechtspr. 20, 71; a. M. OLG. Rechtspr. 10, 70.

Besondere Bestimmungen über die Person des Adressaten bestehen jedoch daneben für die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters im § 108 BGB., bei der Stellvertretung in § 177 BGB., des Ehemannes und der Ehefrau im ehelichen Güterrecht in §§ 1396, 1448 BGB., sowie über die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im § 1828 BGB. und des Gegenvormunds in § 1832 BGB., welche letzteren nur dem Vormund gegenüber erklärt werden können. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wird dem anderen Teil gegenüber erst wirksam durch Mitteilung des Vormundes gemäß § 1829 Abs. 2 BGB., worauf ebenso wie auf die rechtliche Natur der Mitteilung im besonderen Teil zurückzukommen sein wird.

Die Zustimmungserklärung bedarf gemäß § 182 Abs. 2 BGB. nicht der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form. Die Zustimmung zur Auflassung ist jedoch nach § 29 GBO. formbedürftig, da eine Eintragung hiernach nur erfolgen soll, wenn alle für sie erforderlichen Erklärungen, also auch Zustimmungen vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind. Da indessen § 29 GBO. nur eine Ordnungsvorschrift enthält, tritt auch im Falle ihrer Verletzung die Rechtsänderung ein, wird das Grundbuch durch die Eintragung auf Grund formloser Zustimmung mithin nicht unrichtig. Ohne weiteres ergibt sich aus dem Charakter des § 29 GBO. als einer Ordnungsvorschrift die Formlosigkeit der für das Eintragungsverfahren nicht mehr erheblichen der Eintragung nachfolgenden Genehmigung.

Die Zustimmung bedarf nicht notwendig ausdrücklicher Erklärung, kann vielmehr auch aus dem Verhalten des Zustimmungsberechtigten geschlossen werden. Ein solches Verhalten ist z. B. in der Mitwirkung des Zustimmungsberechtigten an dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft oder darin zu erblicken, daß ein Ehemann mit seiner Ehefrau einen Vertrag schließt, zu dem diese nach § 1395 BGB. ehemännlicher Zustimmung bedarf. Die Zustimmung, welche die Frau nach § 1409 BGB. als Vormund des Mannes an sich selbst zu erteilen hat, liegt stillschweigend in der Vornahme des zustimmungsbedürftigen Geschäfts[29]). — Auch in der Unterlassung eines Widerspruchs kann eine Zustimmung erblickt werden, wenn ein solcher den Umständen nach zu erwarten und dem Zustimmungsberechtigten zuzumuten

29) v. Tuhr a. a. O. Anm. 114; Planck § 1409, 2; Wolff, FamR. § 9 u. a.

war[30]). — Die stillschweigende Zustimmung ist gleichfalls eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Kenntniserlangung des Gegners von dem Verhalten mit der Bedeutung der Zustimmung wirksam wird[31]). Sie kann bis zu diesem Zeitpunkt widerrufen werden und ist wie jede ausdrückliche Willenserklärung unter Umständen anfechtbar.

Ob und inwieweit die Zustimmung zur Auflassung stillschweigend erteilt werden kann, wird im einzelnen Tatfrage sein. Grundsätzlich wird die Eintragung nach § 29 GBO. von dem Vorliegen ausdrücklicher Erklärung abhängig gemacht werden müssen. Bei nachträglicher Erteilung wird man sich in den Fällen mit stillschweigender Zustimmung begnügen können, in welchen dieselbe aus einem positiven Verhalten, z. B. Mitwirkung bei der Auflassung, hervorgeht. Unterlassung wird niemals genügen.

Grundsätzlich hat die Zustimmung vor Vornahme des konsensbedürftigen Rechtsgeschäftes zu erfolgen = Einwilligung. Sie kann außer zu einem einzelnen auch generell zu einer Gruppe von Rechtsgeschäften erteilt werden. Die Einwilligung zum dinglichen Vertrage wird regelmäßig mit der Zustimmung zum Kausalgeschäft zusammenfallen, wenn sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt, muß aber ausdrücklich erklärt werden. Die unter Bedingung oder Zeitbestimmung zur Auflassung erteilte Zustimmung ist unwirksam[32]).

Die Wirkung der Einwilligung besteht in Erweiterung der rechtlichen Befugnis einer Person, bewirkt einerseits die Gültigkeit ihrer bedürfender Rechtsgeschäfte und andererseits z. B. die volle Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsfähigkeit hinsichtlich des vorliegenden Geschäfts. Aehnlich wirkt die Einwilligung des Ehemannes nach § 1405 BGB. Oder es wird durch die Einwilligung die Befugnis zur Einwirkung auf den Rechtskreis des Einwilligenden verliehen, wodurch einerseits die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt und andererseits die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aufgehoben wird[33]).

Die eine Verfügung über ein Recht ermöglichende Einwilligung ist nicht selbst Verfügung, da sie keine unmittel-

30) v. Tuhr II, 1, § 61 Anm. 122, II, 2, § 78 Anm. 116: *qui tacet consentire videtur.*

31) v. Tuhr II, 2, § 78, III i. Vb. II, 1, § 61 Anm. 110.

32) v. Tuhr II, 2, § 78 Anm. 122 i. Vb. mit II, 1, § 53 Anm. 52.

33) v. Tuhr II, 2, § 78, IV Anm. 124.

bare Wirkung auf das Recht ausübt, über das verfügt werden soll[34]).

Auf das der Zustimmung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Zustimmungsbereichtigten und dem Zustimmungsempfänger wird im besonderen Teil jeweils zurückzukommen sein.

Da die Zustimmung (ebenso wie die Vollmacht) ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, wird auch die auf einem unwirksamen obligatorischen Vertrage beruhende Zustimmung, die demselben als ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenübersteht, nicht von der Unwirksamkeit mit ergriffen, ist aber mangels rechtlichen Grundes kondizierbar[35]).

Die Einwilligung ist gemäß § 183 BGB. bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, also auch noch nach dem Zugange an den Empfänger, widerruflich. Der Widerruf, ebenso wie die Erteilung der Einwilligung ein einseitiges Rechtsgeschäft, wird gemäß § 130 BGB. mit dem Zugange wirksam, ohne daß es auf die Kenntnisnahme ankommt. Er kann nach § 183 S. 2 BGB. sowohl dem einen wie dem anderen Teile gegenüber erklärt werden. Da bei externer Zustimmung der interne Widerruf eine große Härte für den Drittbeteiligten bedeuten würde, sind nach herrschender Meinung[36]) die von der Vollmacht handelnden §§ 170—173 BGB. entsprechend auf die sonstigen Fälle der Zustimmung anzuwenden, so daß der Widerruf externer Zustimmung nur durch Anzeige oder sonstige Bekanntmachung an den Dritten wirksam wird.

Wie jede Willenserklärung ist auch die Einwilligung nach den Bestimmungen der §§ 119 ff. BGB. anfechtbar. Anfechtungsberechtigt ist regelmäßig der Einwilligende, nur bei der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters entsteht das Anfechtungsrecht wie das Genehmigungsrecht in der Person des Vertretenen und wird vom gesetzlichen Vertreter ausgeübt[37]).

Auf die Einwilligung entsprechend anwendbar ist auch die Vorschrift des § 168 BGB., daß die Vollmacht außer durch Widerruf durch den Fortfall des ihr zugrunde liegen-

---

34) Anders bei Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten durch den Berechtigten, hierzu v. Tuhr II, 1, § 54, I, 2 *b*.

35) v. Tuhr § 78, IV; Enneccerus I, 1, § 191, I, 5; Planck § 183, 1.

36) z. B. v. Tuhr §§ 59, V, Anm. 78; 78, V, Anm. 149 bis 150; Enneccerus I, § 191, I, 5; Planck § 183, 2 u. a.

37) v. Tuhr § 78, V, Anm. 151 u. Bb. mit § 59, VI, 2.

den Geschäfts erlischt[38]). Denn die Vollmacht als Einwilligung zu den im Namen des Vollmachtgebers abzuschließenden Geschäften ist zwar besonders geregelt (§§ 166 ff., 170 ff. BGB.), aber erforderlichenfalls durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 182 ff. zu ergänzen. Ebenso erscheint es umgekehrt zulässig, unter Umständen die Vorschriften für die Vollmacht auf andere Zustimmungsfälle analog anzuwenden. So macht es offenbar keinen Unterschied, ob der Auftrag zur Veräußerung eines Grundstücks mit einer Vollmacht oder Einwilligung im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB. verbunden wird. Danach wird die Einwilligung ebenso wie die Vollmacht wirkungslos, wenn der Einwilligende vor der Vornahme des bewilligten Geschäfts sein Recht verliert oder in der Verfügung beschränkt wird[39]).

Die Verweigerung der Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft, denn sie hat keine rechtliche Wirkung. Das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft bleibt vielmehr ebenso unwirksam, wie wenn die Einwilligung nicht verweigert, sondern unterblieben wäre. Der Zustimmungsberechtigte kann jedoch die einmal verweigerte Einwilligung später trotzdem erteilen oder das ohne sie vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigen, so daß in diesem Sinne die Verweigerung als widerruflich angesehen werden kann.

Spielen auch die besprochenen Einzelheiten für die Schwebezustände bei der Auffassung an sich keine Rolle, so erschien ihre Darstellung wesentlich zur Hervorhebung der Unterschiede von der Genehmigung. Denn ohne Einwilligung vorgenommene zustimmungsbedürftige Verträge sind schwebend unwirksam, können jedoch durch Genehmigung mit rückwirkender Kraft wirksam werden. Einseitige Rechtsgeschäfte sind in der Regel definitiv unwirksam — Ausnahme § 180 Abs. 2 BGB.

Die Genehmigungsbefugnis ist ein Gestaltungsrecht, das durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung ausgeübt wird, die nicht widerrufen (argumentum e contrario nach § 183 BGB.), aber wegen Willensmangels angefochten werden kann. Sie kann jeder Partei gegenüber erklärt werden, ist formlos und nicht notwendig ausdrücklich, jedoch ist bei stillschweigender Genehmigung Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit erforderlich, da andernfalls der Genehmigungswille fehlt und daher die als Genehmigung

38) Enneccerus I, 1, § 191, I, 5; v. Tuhr § 78, V, a. M. Planck § 183, 1.

39) Hierzu v. Tuhr § 78, V.

geltende Erklärung angefochten werden kann. Genehmigt kann ein Vertrag nur so werden, wie er geschlossen ist, und wird nur wirksam, soweit er genehmigt ist.

Eine mit einer Aenderung des gesetzlichen Vertreters erteilte Genehmigung zu einem Vertrag eines beschränkt Geschäftsfähigen ist als solche unwirksam, kann aber als Offerte des gesetzlichen Vertreters zu einem namens des beschränkt Geschäftsfähigen zu schließenden Vertrag mit vom gesetzlichen Vertreter gewünschtem Inhalt aufgefaßt werden.

Zur Beendigung des Schwebezustandes stehen dem Vertragsgegener in der Regel zwei Mittel zur Verfügung. Entweder kann er den Zustimmungsberechtigten zu einer Erklärung über die Genehmigung auffordern, so in den Fällen der §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 1396 Abs. 2 BGB., ähnlich in den §§ 1448 Abs. 2, 1829 Abs. 2 BGB., oder er kann den Vertrag widerrufen, es sei denn, daß er den Mangel der Einwilligung kannte, §§ 109, 178, 1397, 1448 Abs. 1, 1830 BGB.[40]). Wenn diese Möglichkeiten fehlen, wie im Falle der §§ 185 Abs. 2, 1375 BGB., kann die Genehmigung beliebig lange hinausgeschoben werden.

Die Aufhebung eines Vertrages vor der Genehmigung ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, jedoch dann ausgeschlossen, wenn aus dem Vertrage eine Anwartschaft für den Zustimmungsberechtigten entstanden ist.

Die Wirkung der Genehmigung besteht nicht wie die der Einwilligung in der Verleihung einer Befugnis, sondern in dem Wirksamwerden des mangels Zustimmung unvollendeten Rechtsgeschäfts.

Für die rückwirkende Kraft der Genehmigung gilt das über die Schwebezustände im allgemeinen Gesagte. Eine zur Bedingung der Auflassung gemachte Genehmigung macht dieselbe ebenso unwirksam wie die Vereinbarung, daß die Rückwirkung der Genehmigung ausgeschlossen sein solle; eine derartige Vereinbarung liegt in der Regel vor, wenn die Genehmigung zur Bedingung gemacht ist.

Die Verweigerung der Genehmigung ist ein Rechtsgeschäft mit negativer Wirkung, weil sie zur Folge hat, daß das schwebende Rechtsgeschäft endgültig unwirksam wird. Denn nach der Verweigerung kann die Genehmigung nicht mehr erteilt werden, weil der Dritte ein schutzwürdiges Interesse an der sicheren Gestaltung der Rechtslage hat. Wohl aber steht einer Erklärung, die Genehmigung zunächst

40) Zu § 1397 vgl. Wolff, FamR. § 53, I, 2b.

noch nicht erteilen zu wollen, der späteren Genehmigung nicht entgegen.

Die von einer Behörde zu erteilende Genehmigung ist kein Rechtsgeschäft und unterliegt daher auch nicht den Vorschriften des BGB., insbesondere nicht denjenigen über die Rückwirkung. Nur für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wird ohne besondere gesetzliche Vorschrift rückwirkende Kraft angenommen [41]).

Ueber die rechtsgeschäftliche Natur der Zustimmung als selbständiges Rechtsgeschäft oder Rechtsgeschäftsbestandteil bestehen Meinungsverschiedenheiten.

Eine Alleinwirkung hat nur die Einwilligung durch Ermächtigung einer Partei zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, während die Genehmigung, welche die Wirksamkeit des pendenten Geschäfts herbeiführt, nur eine Zusammenwirkung mit dem vorausgehenden Hauptgeschäft hat. Trotzdem werden nach herrschender Meinung [42]) Hauptwillenserklärung und Zustimmung als selbständige Rechtsgeschäfte aufgefaßt. Wenn man aber hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Natur der Zustimmung nicht zwischen ihrem Wesen als Einwilligung und Genehmigung unterscheiden will, was sich schwer rechtfertigen ließe, so ist die Zustimmung wegen der Unfähigkeit der Genehmigung zur Erzeugung selbständiger Rechtswirkungen niemals Rechtsgeschäft. Sie bildet vielmehr mit dem Hauptgeschäft zusammen einen einheitlichen Tatbestand und ist angesichts der Gesamtwirkung beider Rechtsgeschäftsbestandteil [43]).

Nichts einzuwenden ist gegen die Auffassung, welche die Zustimmung mit Rücksicht auf ihre Wirkung, dem Hauptgeschäft definitive Wirksamkeit zu verleihen, für sich allein als ein ergänzendes oder Hilfsrechtsgeschäft zu bezeichnen [44]).

Die kraft Gesetzes zu einem fremden Rechtsgeschäft erforderliche Zustimmung eines Dritten bildet eine Rechtsbedingung für die Wirksamkeit dieses Geschäfts [45]). Denn diese Zustimmung ist für das Rechtsgeschäft kein wesentliches Tatbestandsmerkmal, das vielmehr seinem Typus nach mangels gesetzlichen Konsenserfordernisses auch ohne die Rechtsbedingung wirksam abgeschlossen werden kann.

41) v. Tuhr § 78 a. E. Anm. 283; Planck § 829, 3 und Erl. 3 vor § 1821; Endemann II, § 224 Anm. 90.

42) Zit. bei Siber S. 135 Anm. 3.

43) Siber S. 137.

44) v. Tuhr II, 1, § 50, II, 1; II, 2, § 78, II.

45) Enneccerus I, 1, § 191, I, 3; v. Tuhr II, 1, § 50, II; a. M. Siber S. 133, 139.

Bereits bei der Genehmigung ist gesagt, daß die behördliche Zustimmung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, vielmehr amtliche Handlung ist. Daraus ergibt sich insbesondere ihre Unanfechtbarkeit[46]).

Die rechtsgeschäftliche Zustimmung beruht in der Regel auf freiem Willensentschluß. In gewissen Fällen besteht eine Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung, z. B. in §§ 744, 888, 1286, 2120, 2206 BGB. —; in anderen Fällen kann die Zustimmung durch das Gericht ersetzt werden, z. B. gemäß §§ 113 Abs. 2, 1304 Abs. 2, 1308, 1358, 1379, 1402, 1447, 1727, 1803, 1917 BGB. —; bisweilen entfällt das Erfordernis der Zustimmung, wenn der Zustimmungsberechtigte dauernd außerstande oder wenn sein Aufenthaltsort dauernd unbekannt ist, z. B. nach §§ 1305 Abs. 2, 1726 Abs. 2, 1747 S. 2 BGB.

Mit den vorstehenden Erörterungen kann der allgemeine Teil der Abhandlung über die Grundsätze abgeschlossen werden, aus denen sich die möglichen Schwebezustände bei der Auflassung ergeben, bzw. die ihnen mehr oder weniger gemeinsam sind. Daß dabei zunächst nur von Zustimmungsgeschäften gesprochen ist, erklärt sich daraus, daß die Pendenz einer Auflassung, abgesehen von den Fällen der Anfechtbarkeit nur auf dem Mangel gesetzlich erforderlicher Zustimmung beruhen kann. Da der auf Anfechtbarkeit beruhende Schwebezustand seinem Typus nach grundsätzlich der gleiche ist, bleibt seine zusammenfassende Behandlung dem ihm gewidmeten Abschnitt des besonderen Teils vorbehalten. —

---

46) Endemann II, 224, 4*b*; Kipp FamR. § 115, VII; Planck Erl. 2 vor § 1821; a. M. Dernburg IV, § 118, V; OLG. Rechtspr. 22, 130.

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Teil.

Die einzelnen Schwebezustände.

A. Aufschiebend bedingte Schwebezustände.

In dem besonderen Teil der Abhandlung werden die Möglichkeiten von Schwebezuständen bei der Auflassung dargestellt, die sich aus der Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB. über Rechtsgeschäfte in Verbindung mit den Sondervorschriften des Familien- und Erbrechts auf die Auflassung ergeben, außerdem die Fälle, in denen die Pendenz einer Auflassung auf unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift beruht.

Die zunächst zu behandelnden aufschiebend bedingten Schwebezustände folgen in zwangloser Reihenfolge nach der Anordnung des Gesetzbuches.

1. Beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Auflassungsbeteiligten.

Eine Auflassung ist wirksam, d. h. sie führt in Verbindung mit der Eintragung zum Eigentumsübergang an einem Grundstück, wenn sie gemäß § 925 Abs. 1 BGB. bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt ist.

Voraussetzung für die wirksame Abgabe von Auflassungserklärungen ist jedoch, daß der Auflassende berechtigt, d. h. Eigentümer oder aus einem anderen Grunde zur Verfügung über das Grundstück berufen ist und ferner, daß beide Beteiligten voll geschäftsfähig sind.

Ist nur einer der Beteiligten geschäftsunfähig, so ist seine Auflassungserklärung und damit die ganze Auflassung nichtig — §§ 105, 139 BGB.

Anders ist die Rechtslage, wenn einer der Beteiligten beschränkt geschäftsfähig ist, und dabei zu unterscheiden zwischen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Veräußerers und des Erwerbers.

a) Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Veräußerers.

Wer beschränkt geschäftsfähig ist, also der Minderjährige zwischen Vollendung des 7. und 21. Lebensjahres, der wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte oder nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft Gestellte bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, nach §§ 107, 114 BGB. der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

Zur rechtsnachteiligen Auflassungserklärung des beschränkt geschäftsfähigen Veräußerers ist also die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Da jedoch Verfügungen über Grundstücke und die Eingehung einer Verpflichtung zu solchen Verfügungen zu denjenigen Rechtsgeschäften gehören, bei welchen die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ausdrücklich beschränkt ist — vgl. §§ 1821 Abs. 1 u. 3, 1643, 1686, 1915 BGB. —, ist die Wirksamkeit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ihrerseits von der Genehmigung des Geschäfts durch das Vormundschaftsgericht abhängig. Hier zeigt sich ebenso wie in den strengen Formvorschriften der §§ 313, 925 BGB. und der GBO. die Sorge des Gesetzgebers, für Sicherheit und Klarheit des Grundstücksverkehrs weitgehendste Garantien zu schaffen. Denn obgleich die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters, des elterlichen Gewalthabers sowohl wie des Vormundes oder Pflegers schon durch § 181 BGB. eingeschränkt ist, bleibt es ihm nicht allein überlassen, einem Eigentumsübertragungsgeschäfte seines Mündels selbständig zuzustimmen. Vielmehr bedarf er noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, also keiner Privatperson, sondern einer Behörde, für deren Entscheidung die nötige Unparteilichkeit vermutet wird.

Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sind bei Vornahme der Auflassung dem Grundbuchrichter in der nach § 29 GBO. vorgeschriebenen Form vorzulegen. Das Grundbuchamt ist jedoch nicht berechtigt, die Entgegennahme der Auflassung

abzulehnen, wenn diese Erklärungen nicht vorliegen[1]). Dieselben können vielmehr nachgeholt und dadurch kann die Auflassungserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen genehmigt und die Auflassung wirksam werden. Eine Eintragung darf natürlich erst nach Vorliegen der Genehmigung erfolgen, da anderenfalls das Grundbuch mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmen und daher unrichtig werden würde.

Regelmäßig wird anzunehmen sein, daß Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausdrücklich oder den Umständen nach bereits zu dem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft des beschränkt Geschäftsfähigen, das nach § 313 BGB. gleichfalls formbedürftig ist, erteilt sind. Es ist jedoch möglich, daß ein wirksames Verpflichtungsgeschäft nicht vorliegt, entweder nicht gewollt oder nichtig oder schwebend unwirksam ist oder daß die Zustimmung lediglich zu dem Verpflichtungsgeschäft erteilt ist. In diesen Fällen befindet sich die Wirksamkeit der Auflassung mangels ausdrücklicher Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und behördlicher Genehmigung bis zu deren nachträglicher Erteilung oder Verweigerung in einem Zustande objektiver Ungewißheit, in aufschiebend bedingter Schwebe, wie sich aus § 108 Abs. 1 BGB. ergibt.

Konsensbedürftig ist nicht der Vertrag als solcher, sondern, was aus dem Wortlaut des § 107 BGB., zu dem § 108 BGB. eine Ausnahmevorschrift darstellt, hervorgeht, die Willenserklärung, mit welcher der beschränkt geschäftsfähige Veräußerer an dem Vertrage beteiligt ist. Wenn also im ersten Abschnitt von der Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte die Rede war und Zweifel darüber bestehen konnten, ob dieselbe nur hinsichtlich des ganzen Erfüllungsgeschäfts oder bereits bei der Auflassung allein zuzulassen sei, so ergibt sich aus der Konsensbedürftigkeit der Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 108 ff. BGB. auf seine Auflassungserklärung. Die Zustimmung stellt sich als Einwilligung dar, wenn sie vor der Auflassung erteilt ist, bei nachträglicher Erteilung dagegen immer als Genehmigung, ohne daß es darauf ankommt, ob die Eintragung der Auflassung vorausgeht oder nachfolgt. Die Auflassung des beschränkt Geschäftsfähigen ist mangels vorheriger Zustimmung daher als solche stets schwebend unwirksam.

---

1) Vgl. Güthe § 20 Anm. 42.

Das der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem beschränkt Geschäftsfähigen beruht auf der Verwaltung des Mündelvermögens, welche Recht und Pflicht des Vertreters ist. Die elterliche Gewalt erstreckt sich nach § 1627 BGB. auf das unveräußerliche und unverzichtbare Recht und die Pflicht der Fürsorge für Person und Vermögen des Kindes. Daraus ergibt sich die Haftpflicht des gesetzlichen Vertreters dem Mündel gegenüber bei schuldhafter Erteilung der Zustimmung zu einem für dieses nachteiligen Geschäftes[2]). Während Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung grundsätzlich auf dem eigenen Entschlusse des Vertreters beruht, wird diesem im Grundstücksverkehr jedoch die Verantwortung durch den Konsens des Vormundschaftsgerichts abgenommen.

Der Vollständigkeit halber ist über die Person des gesetzlichen Vertreters eines beschränkt Geschäftsfähigen folgendes zu sagen:

a) Gesetzlicher Vertreter ehelicher Kinder ist der elterliche Gewalthaber. Die Vertretung des Kindes steht dem Vater während der Ehe allein zu, soweit er nicht wie in den Fällen der §§ 1628, 1630 i. Vb. mit §§ 1795 und 1796, 1638 und 1639, 1641, 1647, 1665 ff. BGB. kraft Gesetzes ausgeschlossen ist oder diese Befugnis wegen tatsächlicher Verhinderung oder Ruhens seiner elterlichen Gewalt auf die Mutter übergegangen ist. (§§ 1634, i. Vb. m. 1685 Abs. 1 BGB.) Im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis ist also der Vater der Zustimmungsberechtigte im Sinne des § 108 BGB. In den Fällen gesetzlichen Ausschlusses steht an sich der gültigen Vornahme eines Rechtsgeschäfts des Gewalthabers für das Kind oder seiner Zustimmung nichts entgegen. Er hat aber behufs Bestellung eines Pflegers dem Vormundschaftsgericht zur Vermeidung eventueller Schadensersatzpflicht unverzüglich Anzeige zu erstatten[3]). Zur Vornahme einer Auflassungserklärung des Kindes hat der Vater die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch dann einzuholen, wenn er nicht von der Vertretung ausgeschlossen ist, weil seine Vertretungsbefugnis bei Verfügungen über Grundstücke gemäß § 1643 Abs. 1 i. Vb. mit § 1821 Ziff. 1 BGB. durch den Genehmigungszwang beschränkt ist. Meistens wird eine Fühlungnahme mit dem Vormundschaftsgericht schon zur Vornahme des obligatorischen Grundgeschäfts erforderlich — § 1821 Ziff. 3 BGB. Auf die dem Vater zu erteilende Ge-

2) v. Tuhr II, 2, § IV Anm. 13.
3) Oberneck S. 781.

nehmigung des Vormundschaftsgerichts finden die §§ 1828 bis 1831 BGB. entsprechende Anwendung.

b) Ebenso gestaltet sich die Rechtslage, wenn die elterliche Gewalt der volljährigen Mutter zusteht, d. h. unter den erwähnten Voraussetzungen des § 1685 BGB., oder wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist, oder wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist — § 1684 BGB. —, sofern sie nicht gemäß §§ 1696, 1697 BGB. von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Hat der Vater die elterliche Gewalt verwirkt, ohne daß die Ehe aufgelöst ist, so erhält das Kind einen Vormund gemäß § 1773 BGB.

Abweichungen gelten nach Maßgabe der §§ 1688—1695 BGB. nur für den Fall, daß der Mutter vom Vormundschaftsgericht ein Beistand (§§ 1686—1687 BGB.) bestellt ist. Innerhalb des Wirkungskreises des Beistandes, in den alle vorkommenden Angelegenheiten fallen, wenn nicht sein Umfang bei der Bestellung begrenzt wird, bedarf die Mutter zu allen Rechtsgeschäften für das Kind der Genehmigung des Beistandes, zu denen ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes bedarf. Jedoch ist die Genehmigung des Beistandes zu denjenigen Rechtsgeschäften nicht erforderlich, welche die Mutter schon nach den Vorschriften über die elterliche Gewalt nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen darf. Ueberhaupt wird nach dem Sinne der Beistandschaft und kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 1689 BGB. die Genehmigung des Beistandes überall durch das Vormundschaftsgericht ersetzt. Die Beistandschaft ist für die Auflassung daher regelmäßig unerheblich. Die trotzdem erteilte Genehmigung des Beistandes ist also tatsächlich überflüssig, jedoch soll das Vormundschaftsgericht bei allen Rechtsgeschäften, die zum Wirkungskreise des Beistandes gehören, diesen hören, soweit die Anhörung tunlich ist — § 1690 Abs. 3 BGB.

Dagegen ändert sich die Rechtsstellung des Beistandes, wenn ihm auf Antrag der Mutter die Vermögensverwaltung vom Vormundschaftsgericht ganz oder teilweise übertragen worden ist — § 1693 BGB. Da der Beistand insoweit die Rechte und Pflichten eines Pflegers hat, schließt er auch die Mutter von der Sorge für das Kindesvermögen und der Vertretungsberechtigung aus. Er wird also gesetzlicher Vertreter und bedarf zur Vornahme einer Auflassung bzw. zur Zustimmung zu einer solchen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1693, 1915, 1821, I, 1821—1831 BGB.).

Die Legitimation des Beistandes wird beim Grundbuchamt durch die vom Vormundschaftsgericht erteilte Bestallung geführt.

c) Der dritte Fall der gesetzlichen Vertretung betrifft die Vormundschaft, zu unterscheiden nach der Vormundschaft über eheliche und uneheliche minderjährige Kinder sowie über volljährige Personen, die unter vorläufige oder dauernde Vormundschaft gestellt sind.

Minderjährige erhalten dann einen Vormund, wenn sie nicht unter elterlicher Gewalt stehen, oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in dem das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zu ihrer Vertretung berechtigt sind. — § 1773 Abs. 1 BGB.

Die Vormundschaft über eheliche Kinder tritt ein:

1. wenn beide Eltern gestorben oder für tot erklärt sind oder wenn einer gestorben und der andere für tot erklärt ist;
2. wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und die Mutter gestorben oder die Ehe zwischen Mutter und Vater aufgelöst ist; (dagegen § 1685 Abs. 2 BGB., wenn keine Aussicht auf Wiederherstellung der elterlichen Gewalt des Vaters ist);
3. wenn das Vormundschaftsgericht dem Vater die Sorge für die Person und Vermögensverwaltung des Kindes entzogen hat, auch dann, wenn die Mutter noch lebt;
4. wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe der Eltern nicht aufgelöst ist;
5. wenn an sich die elterliche Gewalt der Mutter zusteht aber beendigt ist, ruht oder dergleichen, z. B. wegen Minderjährigkeit (§ 1676 BGB.), oder Eingehung einer neuen Ehe (§ 1697 BGB.) wenigstens in Ansehung der Vermögensverwaltung (Vertretung!), während der Vormund hinsichtlich der Person nur die Stellung eines Beistandes hat;
6. wenn die Annahme eines adoptierten Kindes aufgehoben wird [4]).

Uneheliche Kinder erhalten dagegen immer einen Vormund, da die Mutter keine elterliche Gewalt hat.

Nach dem Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 14. 6. 1922 tritt mit der Geburt des unehelichen Kindes die gesetzliche Amtsvormundschaft des zuständigen Jugendamts, meist einer Abteilung der lokalen Selbstverwaltungsbehörde (in Mecklenburg-Schwerin amtsfreie Städte und Aemter), ein. Das

4) Vgl. Kipp FamR. § 101, I.

Jugendamt wird als Behörde angesehen und ist demgemäß von zahlreichen Beschränkungen befreit, denen der Einzelvormund unterliegt. — § 33 leg. cit. Es bedarf jedoch in den Fällen des § 1821 BGB., also auch zur Auflassung und dem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft, gleichfalls der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Die Möglichkeit einzelvormundschaftlicher Bestellung von Fall zu Fall ist durch diese Regelung nicht ausgeschlossen. Sie wird nach Ablauf der Alimentationsfrist von 16 Jahren aus Zweckmäßigkeitsgründen sogar meistens vom Jugendamt beantragt werden. Durch die behördliche Amtsvormundschaft soll auch die nach landesgesetzlicher Regelung auf Grund des Art. 136 EG. BGB. heute noch in zahlreichen Fällen bestehenden Berufsvormundschaft (Sammelvormundschaft in der Person eines beamteten Vormundes) allmählich abgelöst werden. —

Außerdem erhalten einen Vormund auch diejenigen Minderjährigen, deren Familienstand nicht zu ermitteln ist — § 1773 Abs. 2 BGB.

Die Vormundschaft über *Volljährige* tritt bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit, Verschwendung oder Trunksucht oder vorläufiger Entmündigung gemäß § 1906 BGB. ein. — §§ 114, 1896 BGB. Die Bestimmungen über die Vormundschaft über Volljährige kommen, soweit sie von den gewöhnlichen abweichen, für die Auflassung nicht in Betracht.

Die *Rechtsstellung* des Vormundes umfaßt im allgemeinen die Sorge für die Person und immer für das Vermögen des Mündels, so daß der Vormund auch zur Vertretung bei allen auf das Mündelvermögen bezüglichen Rechtsgeschäften berufen ist. Grundsätzlich durch die Vorlegung einer Bestallungsurkunde legitimiert, ist er jedoch in denselben Fällen wie der elterliche Gewalthaber kraft Gesetzes von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen. Beschränkt ist das selbständige Vertretungsrecht des Vormundes durch die Notwendigkeit der Mitwirkung des *Gegenvormundes*, falls ein solcher vorhanden (§ 1792 BGB.) und nicht etwa seine Bestellung bei der Benennung eines Vormundes durch den Vater ausgeschlossen ist oder dem Vormund sonstige Befreiungen eingeräumt sind — sog. befreite Vormundschaft, §§ 1852 ff. BGB. Kraft Gesetzes befreite Vormünder sind gemäß §§ 1903 und 1904 BGB. nur der Vater und die eheliche Mutter des volljährigen Mündels. Die Genehmigung des Gegenvormundes erstreckt sich jedoch nur auf die Fälle, in denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts

nicht schon kraft Gesetzes erforderlich ist, und wird überall durch diese ersetzt — § 1812, I S. 2, II. BGB. Ist aber ein Gegenvormund vorhanden, so soll das Vormundschaftsgericht denselben vor seiner Entscheidung tunlichst anhören. — Zur Auflassung ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und, wenn ein Familienrat vorhanden ist, die Genehmigung des Familienrates erforderlich — §§ 1821 Ziff. 1, 1858, 1872 BGB.

Die Vorschriften über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gelten sowohl dann, wenn der Vormund für den Mündel handelt, als auch dann, wenn der Mündel handelt und der Vormund nur zustimmt[5]). Die Umgehung dieser Genehmigung dadurch, daß der Vormund dem Mündel z. B. sein Grundstück zur freien Verfügung überläßt und dieser dadurch gemäß § 110 BGB. wirksam auflassen könnte, ist durch § 1824 ausdrücklich ausgeschlossen.

d) Der vierte und letzte Fall gesetzlicher Stellvertretung beschränkt Geschäftsfähiger betrifft die Ergänzungspflegschaft gemäß § 1909 BGB.

Da auf die Pflegschaft die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechende Anwendung finden, soweit nicht für die Auflassung jedoch unbeachtliche Abweichungen bestehen — § 1915 BGB. — entspricht die Rechtsstellung des Pflegers derjenigen des Vormundes.

Insbesondere bedarf der Pfleger auch in Fällen selbständiger Pflegschaft nach §§ 1910 ff. BGB. zu den in den Rahmen der Pflegschaft fallenden und nach den vormundschaftlichen Bestimmungen konsensbedürftigen Rechtsgeschäften der behördlichen Genehmigung. Die Rechtslage ist im übrigen die gleiche wie bei den vom Vormund persönlich vorgenommenen Geschäften. Eine Vornahme durch den Vertretenen kommt bei selbständiger Pflegschaft naturgemäß nicht in Betracht, und es entfällt daher die Möglichkeit genehmigungsbedürftiger Zustimmung. —

Aus den obigen Erörterungen ergibt sich, daß in allen Fällen gesetzlicher Vertretung die Zustimmung des Vertreters zu der Auflassungserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen ihrerseits zustimmungsbedürftig ist. Daraus folgt, daß die nach Vornahme der Auflassung erteilte Genehmigung des gesetzlichen Vertreters für sich den bestehenden Schwebezustand nicht zu beenden vermag, vielmehr die behördliche Genehmigung hinzukommen muß. Anders liegt

5) Kipp FamR. § 115, III.

es allerdings, wenn der Vertreter seine Zustimmung verweigert, denn durch die Verweigerung wird der Schwebezustand beendet und die Auflassung von vorneherein nichtig. Denn einerseits wird die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur auf Nachsuchen und im Einvernehmen mit dem Vormund erteilt, andererseits wäre sie ohne dessen Zustimmung, da nur für den beabsichtigten Erfolg des Rechtsgeschäfts erforderlich, bedeutungslos, weil sie die Zustimmung des Vertreters nicht ersetzen kann, sondern dessen in gewisser Hinsicht beschränkte Vertretungsmacht nur ergänzen soll.

Da also bei nachträglicher Erteilung nur die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Entscheidung über die Ungewißheit des Schwebezustandes herbeiführen kann, ist die Rechtslage die gleiche, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger mit alleiniger Zustimmung des Vertreters oder der Vertreter persönlich ohne Genehmigung des Gerichts die Auflassung vorgenommen hat.

Wird nun vormundschaftliche und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach der Auflassung erteilt, so wird diese rückwirkend auf den Zeitpunkt der Vornahme der Auflassung wirksam, so daß der Eintragung nichts mehr im Wege steht. Ist die Eintragung bereits früher erfolgt, so war das Grundbuch bis zum Wirksamwerden unrichtig, die Rechtsänderung tritt mit der Genehmigung ein, so daß das Grundbuch nunmehr mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt.

Um die seinem Interesse zuwiderlaufende Ungewißheit über die endgültige Gestaltung der Rechtslage zu beseitigen, verfügt der Erwerber über gesetzliche Mittel zur Herbeiführung der Entscheidung. Erfolgt nämlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht freiwillig, so kann der Erwerber ihn gemäß § 108 Abs. 2 S. 1 BGB. zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Durch diese Aufforderung wird eine bereits früher dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber erklärte Genehmigung unwirksam. Die Genehmigung, welche grundsätzlich beiden Parteien gegenüber abgegeben werden darf, kann nur dem Erwerber erklärt werden und gilt, wenn sie nicht bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erfolgt, als verweigert. Sie bedarf, falls die Eintragung noch nicht erfolgt ist, der Form des § 29 GBO.

Während des Schwebezustandes sind die Auflassungsbeteiligten gemäß §§ 925, 873 Abs. 2 BGB. an ihre Erklärungen insofern grundsätzlich gebunden, als einseitiger

Rücktritt ausgeschlossen ist und die Auflassung nur in gegenseitigem Einverständnis rückgängig gemacht werden kann. Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Veräußerers bedarf jedoch auch die Aufhebung einer schwebend unwirksamen Auflassung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, da dieselbe nicht notwendig lediglich einen rechtlichen Vorteil bewirken würde, wenn es sich z. B. um die Erfüllung eines sehr günstigen Kaufvertrages handelt und durch die Aufhebung des Erfüllungsgeschäfts die Erlangung der Gegenleistung aus dem zu seiner Aufhebung gleichfalls konsensbedürftigen Kausalgeschäft hinausgeschoben würde.

Im Verhältnis zu den oben genannten §§ 925, 873 Abs. 2 BGB. über die Bindung an die Auflassung enthält jedoch § 109 BGB. eine Ausnahmebestimmung, wonach der Erwerber bis zur Genehmigung widerrufen kann, wenn ihm die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Veräußerers nicht bekannt war. Hat er dieselbe jedoch gekannt, so kann er nur widerrufen, wenn der Veräußerer der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters gekannt hat, es sei denn, daß ihm das Fehlen der Einwilligung bei Vornahme der Auflassung bekannt war.

Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Vertreter oder dem beschränkt Geschäftsfähigen. Ein dem Grundbuchamt gegenüber erklärter Widerruf bleibt unwirksam, weil der Widerruf nur die Parteibeziehungen beeinflußt, das Grundbuchamt aber nur und auch nicht ausschließlich für die für das formelle Eintragungsverfahren erforderlichen Erklärungen zuständig ist.

An dieser Stelle scheint es angebracht, auf die Folgen hinzuweisen, welche die strenge Durchführung der Ansicht haben würde, daß Auflassung und Eintragung zusammen den dinglichen Vertrag darstellen, auf welchen die Vorschriften über konsensbedürftige Willenserklärungen in der Weise Anwendung finden müßten, daß eine vor der Vollendung des Geschäfts erteilte Zustimmung unter allen Umständen als Einwilligung und nur die nachträgliche Zustimmung als Genehmigung angesehen würde. Daraus würde sich für den Erwerber eine unverdient schwache Rechtsstellung ergeben. Zwar würde ein Widerruf der nach der Auflassung, aber vor der Eintragung erteilten Einwilligung, der gemäß § 183 BGB. an sich bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts zulässig ist, durch die entgegenstehenden Vorschriften der §§ 925, 873 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen sein. Denn das Verhältnis des zustimmenden Vertreters zum Erwerber ist mindestens dann, wenn die Einwilligungserklärung dem Grundbuchamte be-

reits mitgeteilt ist, nicht anders anzusehen, als wenn er selbst die Auflassung vorgenommen hätte. Aber es wäre völlig in das Belieben des Vertreters gestellt, wenn er die Zustimmung erteilen wollte. Denn das Mittel der Aufforderung zur Erklärung über eine nachträgliche Genehmigung würde dem Erwerber nicht zur Verfügung stehen und daher keine Möglichkeit, die bestehende Ungewißheit über Eintritt oder Ausfall der beabsichtigten Rechtswirkung zu beseitigen. Daß allerdings der Vertreter durch Unterlassung der Mitteilung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erfolg des Rücktritts praktisch herbeiführen kann, ändert daran wenig. Um zum Ziele zu gelangen, bliebe bei Vorliegen eines wirksamen Kausalvertrages nur die Beschreitung des Klageweges übrig. Denn die Vornahme einer neuen Auflassung nach vorheriger Sicherung der vormundschaftlichen und vormundschaftsgerichtlichen Einwilligung würde ja praktisch der Genehmigung der ersten Auflassung gleichkommen. Abgesehen davon, daß die hier vertretene Ansicht über die Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf die Auflassung als Bestandteil des Erfüllungsgeschäfts theoretischen Bedenken nicht unterliegt, ist sie in Anbetracht der sich aus der letztbeschriebenen Konstruktion ergebenden Rechtsunsicherheit, Kostennachteile und des Zeitverlustes vorzuziehen. —

Die mit nachträglicher Zustimmung des Vormundes vorgenommene Auflassung des Mündels ist nun bis zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ebenso schwebend unwirksam, wie wenn der Vormund die Auflassung persönlich ohne diese Genehmigung vorgenommen hätte.

Da es sich bei der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung um einen obrigkeitlichen Akt und nicht um die Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens handelt, fungiert das Vormundschaftsgericht nicht in „gesetzlicher Vertretung". Jedoch hat seine Zustimmung zu Rechtsgeschäften des Vormundes mit der zu einem Rechtsgeschäft des Mündels erforderlichen Zustimmung des Vormundes insofern charakteristische Aehnlichkeit, als sie die Vertretungsmacht des Vormundes zu beschränken bezweckt. Die Folgen des Mangels der obrigkeitlichen Genehmigung sind daher in den §§ 1829—1831 BGB. im allgemeinen in einer den Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters entsprechenden Weise geregelt.

Danach ergibt sich aus § 1829 Abs. 1 BGB., daß der Erwerber, um die Ungewißheit über die Wirksamkeit der Auflassung zu beseitigen, den gesetzlichen Vertreter des Ver-

äußerers zur Mitteilung darüber auffordern kann, ob die Genehmigung erteilt sei. Diese Mitteilung kann nur binnen zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erfolgen, andernfalls sie als verweigert gilt, wodurch dann die schwebend unwirksame Auflassung von vornherein nichtig wird.

Zum Widerruf berechtigt ist der Erwerber nicht dem Falle des § 109 BGB. bis zur Genehmigung entsprechend bis zur Mitteilung der behördlichen Genehmigung, sondern vielmehr nur dann, wenn der Vertreter der Wahrheit zuwider die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts behauptet hat, es sei denn, daß ihm das Fehlen der Genehmigung bei Vornahme der Auflassung bekannt war — § 1830 BGB. Praktisch ist das Widerrufsrecht des Erwerbers also, wenn die Auflassung vom Mündel selbst vorgenommen ist, mit der Genehmigung des Vertreters, wenn sie vom Vertreter persönlich vorgenommen ist, mit der Vornahme erloschen, es sei denn, daß der Vertreter bei Genehmigung bzw. Vornahme wahrheitswidrig das Vorliegen der obrigkeitlichen Genehmigung behauptet hat. Das juristische Schwergewicht dieser Regelung liegt darin, daß eine behördliche Entscheidung nur auf existenten Tatbeständen beruhen darf. Wäre aber ein Widerruf bis zur Mitteilung der Genehmigung allgemein zulässig, so könnte die Genehmigung erteilt und aktenmäßig geworden sein, während ihr die Grundlage einer schwebenden Auflassung bereits durch den inzwischen erfolgten Widerruf des Erwerbers entzogen ist.

Demgegenüber kann der gesetzliche Vertreter tatsächlich dadurch vom Vortrage zurücktreten, daß er die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht einholt oder sie dem Erwerber nicht mitteilt. § 1681 Abs. 3 S. 2 des ersten Entwurfes zum BGB. hatte diese Folge ausdrücklich ausgesprochen[6]). Die Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage finden aber natürlich deswegen keine Anwendung, weil sie immer einen wirksamen Vertrag voraussetzen. Die Auflassung gilt vielmehr einfach als nicht vorgenommen, und durch eine eventuelle Eintragung ist das Grundbuch unrichtig geworden. Eine andere Frage ist es, ob der Erwerber durch Klage aus dem Kausalgeschäft den Vertreter zur Mitteilung zwingen kann. Auf die Entscheidung des Gerichts hat er natürlich auch im Klagewege keinen Einfluß. Jedoch hat das Vormundschaftsgericht mit der rechtskräftigen Verurteilung des Mündels zu rechnen. Wird der Mündel zur Abgabe einer Willenserklärung rechtskräftig verurteilt, so gilt dieselbe mit

6) Vgl. Mot. S. 1152.

der Verurteilung gemäß § 894 ZPO. als abgegeben. Das ist dahin zu verstehen, daß sie als vom Vormund abgegeben gilt [7]).

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann gemäß § 1828 BGB. nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden. Das gilt auch für den Fall voraufgegangener Aufforderung zur Mitteilung [8]). Wirksam wird sie jedoch nach § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB. erst durch Mitteilung an den Erwerber durch den gesetzlichen Vertreter, während eine Mitteilung an den Mündel wirkungslos sein würde.

Geteilt sind die Ansichten darüber, ob die Mitteilung des Vormundes rechtsgeschäftlichen Charakter oder rein tatsächliche Bedeutung hat. Gegen die Auffassung eines Rechtsgeschäfts spricht der Umstand, daß die Mitteilung keine Wirkung hat, wenn sie unrichtig ist, während bei Willenserklärungen nicht Unrichtigkeit, sondern Unwirksamkeit in Betracht kommt [9]).

Die Mitteilung bedarf keiner besonderen Form. Anders dagegen, soweit sie für den Grundbuchverkehr in Betracht kommt, die Genehmigung als eine zur Eintragung erforderliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO. Als notwendig schriftliche Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist diese Form jedoch von vorneherein gewahrt.

Das BGB. enthält keine Vorschriften darüber, unter welchen Gesichtspunkten das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem konsensbedürftigen Rechtsgeschäft zu erteilen oder zu verweigern hat. Sie ist völlig in das Ermessen des Vormundschaftsgerichts gestellt. Gemäß § 55 Abs. 1 FGG. kann die Verfügung, durch welche die Genehmigung erteilt wird, bis zu ihrem Wirksamwerden durch Mitteilung an den Erwerber abgeändert werden (die vor Vornahme des zustimmungsbedürftigen Geschäfts erteilte Genehmigung wird gemäß § 16 FGG. mit der Bekanntmachung an den Vertreter wirksam [10]).

Gegen eine die Erteilung der Genehmigung ablehnende Verfügung des Vormundschaftsgerichts findet die einfache Beschwerde statt, die nach § 20 FGG. dem Vertreter

---

7) Gaupp-Stein § 894 ZPO., Erl. II Anm. 37 bestritten. Vgl. Kipp FamR. § 115, V.

8) Planck § 1829, Erl. 5.

9) v. Tuhr II, 1, § 48 N. 99 a. herrsch. M. Planck § 1829, 5; Fuchs Erl. II, 2 zu § 1829; Kipp § 115, VII, 1 *a* Anm. 44 u. 45; OLG. Rechtspr. 21, 291.

10) Planck Vorbem. 9 zu §§ 1821—32.

namens des Mündels oder nach § 59 FGG. diesem persönlich zusteht, falls er das 14. Lebensjahr bereits vollendet hat. Der Erwerber dagegen hat kein Beschwerderecht[11]).

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn der beschränkt Geschäftsfähige zur Vornahme des zustimmungsbedürftigen Geschäfts verpflichtet ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Verpflichtung zu prüfen. Eine unter einer Bedingung erteilte nachträgliche Genehmigung gilt als Verweigerung. Ebensowenig ist Anweisung an den Vertreter zulässig, das Geschäft unter den vom Gericht gewünschten Bedingungen zu schließen. Bei Unzufriedenheit des Gerichts mit dem Verhalten des Vertreters kommt, wenn es sich um einen Vormund handelt, dessen Entlassung unter den Voraussetzungen des § 1886 BGB. als geeignete Maßregel in Betracht[12]).

Ist die Auflassung von dem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung des Vertreters vorgenommen, so kann die Beendigung des Schwebezustandes auch ohne Genehmigung eintreten, wenn der Vertretene inzwischen unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist — § 108 Abs. 3 BGB. Die im § 108 Abs. 2 BGB. vorgesehene Aufforderung kann nach Eintritt der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit an den Vertretenen persönlich gerichtet werden, ist sie vorher erfolgt, so ist sie evtl. dem Mündel als durch die Person seines Vertreters zugegangen anzusehen. Eine vor Erlangung der Geschäftsfähigkeit dem Vertreter gegenüber erteilte oder verweigerte Genehmigung wird unwirksam, und auch im übrigen tritt unter Anwendung des § 108 Abs. 2 BGB. an die Stelle der Erklärung oder Nichterklärung des Vertreters die Erklärung oder Nichterklärung des bisherigen Mündels. Das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, das ja nur eine Beschränkung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bezweckt, fällt naturgemäß fort.

Aehnlich ist die Rechtslage, wenn der beschränkt Geschäftsfähige mit vorheriger oder nachträglicher Zustimmung des Vertreters oder wenn dieser selbst ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Auflassung vorgenommen hat, hinsichtlich der behördlichen Genehmigung. Diese wird gemäß § 1829 Abs. 3 BGB. durch die Genehmigung des Mündels erwirkt, falls dieser während der Schwebezeit volljährig bzw. infolge Aufhebung seiner Entmündigung voll

11) Planck Vorbem. 11 zu §§ 1821—32.
12) Planck Vorbem. 11 zu § 1821—32.

geschäftsfähig geworden ist. Eine vom Vormundschaftsgericht dem Vertreter vorher erklärte, aber dem Erwerber noch nicht mitgeteilte Genehmigung oder, was besonders wichtig ist, Verweigerung der Genehmigung kann also nicht mehr wirksam werden. Das folgt schon daraus, daß nach dem Eintritt der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Vertreter gar nicht mehr zur Vertretung seines bisherigen Mündels berechtigt ist. Aus der rechtsgeschäftlichen Stellung des voll geschäftsfähig gewordenen Mündels gegenüber dem Erwerber folgt trotz des scheinbar entgegenstehenden gesetzlichen Wortlauts, daß seine Genehmigung an die Stelle derjenigen des Vormundschaftsgerichts trete, die ja dem Vormund gegenüber zu erfolgen hat, daß diese Genehmigung nur dem Erwerber gegenüber erklärt werden kann.

Weiter ist die im § 1829 Abs. 2 BGB. bezeichnete Aufforderung, wenn der Mündel, ehe dieselbe an den Vertreter ergangen ist, geschäftsfähig wird, an diesen zu richten. Ist sie noch an den Vertreter ergangen, so kommt es auf die Erklärung des Mündels an. Dieselbe gilt nach dem fruchtlosen Ablauf einer zweiwöchentlichen Frist, die mit dem Empfang der Aufforderung durch den Mündel bzw. durch den Vertreter beginnt, als verweigert.

Tritt nach Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, aber vor Beendigung des Schwebezustandes, erneut eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ein, so gelangen natürlich die regelmäßigen Vorschriften wieder zur Geltung.

Was nun die Ereignisse während der Schwebezeit anlangt, so ist bereits bei früherer Gelegenheit darauf hingewiesen worden, daß die Rückwirkung der rechtsgeschäftlichen Genehmigung nach § 184 Abs. 2 gewisse Ausnahmen erleidet. Danach werden durch die Rückwirkung solche Verfügungen nicht unwirksam, die während der Schwebezeit von dem Genehmigenden vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts, vorliegendenfalls also über das Grundstück getroffen sind. Bei Rechtsgeschäften beschränkt Geschäftsfähiger kommt als Genehmigender im Sinne dieser Vorschrift natürlich nur der Vertreter und nicht etwa das Vormundschaftsgericht in Frage. Denn einerseits beziehen sich die Vorschriften des BGB. nur auf die Fälle rechtsgeschäftlicher Genehmigung, und andererseits ist das Vormundschaftsgericht zu selbständigen Verfügungen nicht berufen oder in der Lage.

Tatsächlich erscheint eine Kollision der Zustimmung zu einer vom Mündel vorgenommenen mit einer eigenen Auflassung des Vertreters durch die Verfügungsbeschränkung des § 1821 BGB. ausgeschlossen. Immerhin wäre auch die zweimalige Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als Folge eines richterlichen Irrtums denkbar.

Verfügt also während der Schwebezeit der Vertreter im Rahmen seiner Verfügungsgewalt, also mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts über das Grundstück, so kann eine spätere, auf den Zeitpunkt der Vornahme der bereits früher erfolgten Auflassung des Mündels zurückwirkende Genehmigung des Vertreters, deren evtl. nachträgliche behördliche Genehmigung auf den Zeitpunkt seiner Genehmigung zurückwirkt, die inzwischen erfolgte Verfügung nicht unwirksam machen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Verfügung erst mit der Eintragung vollendet ist. Ist die Eintragung also noch nicht erfolgt — und hier kommt es im Gegensatz zu anderen Fällen der Schwebezustände auf den Erfolg und nicht auf die Erklärung der Verfügung an —, so hat das Grundbuchamt die früher vorgenommene und auf den Zeitpunkt der Vornahme rückwirkend wirksam gewordene Auflassung des Mündels bei der Eintragung zunächst zu berücksichtigen.

Praktisch erscheint jedoch die Vornahme einer dem Vertragsgegner des beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber wirksamen Verfügung über das Grundstück durch den Vertreter während des Schwebezustandes durch die Vorschriften der GBO. über das Verfahren nahezu ausgeschlossen, es sei denn, daß aus irgend einem Grunde eine Eintragung des vom Vertreter Erwerbenden bereits vorausgegangen ist, oder die formellen Bestimmungen vom Grundbuchamt außer Acht gelassen werden.

Zunächst steht ja dem Erwerber für den Fall des Vorliegens eines gültigen obligatorischen Anspruchs gemäß § 883 BGB. das Recht auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs zu, durch welche nach der Eintragung über das Recht getroffene Verfügungen über das Grundstück insoweit unwirksam werden, als sie den Anspruch vereiteln würden. Von diesem Rechte sollte der Erwerber bei pendenter Auflassung vorsorglich stets Gebrauch machen.

Nach § 17 GBO. darf nun, falls mehrere Eintragungen beantragt sind, durch die dasselbe Recht betroffen wird, die

später beantragte Eintragung nicht vor Erledigung des früher gestellten Antrages erfolgen. Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt gemäß § 18 GBO. entweder den Antrag unter Angabe von Gründen zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen. Kann die Eintragung des Erwerbers auf Grund der Auflassung eines beschränkt geschäftsfähigen Veräußerers mangels Zustimmung bzw. behördlicher Genehmigung nach § 20 GBO. vor der Behebung des Mangels nicht erfolgen, so darf das Grundbuchamt, wie bereits früher erwähnt, die Entgegennahme der Auflassung nicht ablehnen, sondern nur eine Frist zur Hebung des Hindernisses bestimmen und kann den Antrag gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 GBO. nach fruchtlosem Ablauf der Frist erst zurückweisen. Wird nun während der Schwebezeit d. h. vor Erledigung des mit der pendenten Auflassung gestellten Eintragungsantrags durch Auflassung des Vertreters die Eintragung eines anderen Erwerbers beantragt, so ist gemäß § 18 Abs. 2 S. 1 GBO. zugunsten des früher gestellten Antrags von Amts wegen eine Vormerkung einzutragen, was als Erledigung dieses Antrages im Sinne des § 17 GBO. gilt. Eine derartige Eintragung hat natürlich nur zu erfolgen, wenn die kollidierende Eintragung wirklich vorgenommen wird. Durch die Vormerkung ist der Berechtigte für den Fall des Wirksamwerdens seiner Auflassung gegen Eigentumsansprüche des inzwischen auf Grund der zweiten Auflassung eingetragenen Erwerbers geschützt. Wird jedoch die pendente Auflassung durch Verweigerung der Genehmigung nichtig, bzw. der Eintragungsantrag wegen Fristablaufs zurückgewiesen, so wird die Vormerkung von Amts wegen gelöscht. Im ersten Falle war der Schwebezustand bereits vor der Löschung endgültig entschieden, im zweiten Fall wird die Auflassung auch im Falle ihrer späteren Genehmigung nach § 184 Abs. 2 BGB. nicht mehr zur Eintragung und Eigentumsänderung führen können, da die Zwischenverfügung wirksam bleibt, im übrigen ja auch das Eigentum endgültig auf den konkurrierenden Erwerber übergegangen ist. — Die obligatorischen Folgen einer Doppelverfügung können hier außer Betracht bleiben.

Als Genehmigender im Sinne des § 184 Abs. 2 BGB. kommt nach §§ 108 Abs. 3, 1829 Abs. 3 BGB. ferner noch der während der Schwebezeit unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Mündel in Betracht. Auch seine vor Genehmigung der ursprünglich pendenten Auflassung vorgenommene

anderweitige Verfügung über das Grundstück würde nach Maßgabe der obigen Vorschriften unberührt bleiben.

Ferner bleiben kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift wirksam im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter während der Schwebezeit erfolgte Verfügungen über das Grundstück, soweit sie der beabsichtigten Eigentumsübertragung entgegenstehen. Der Grund liegt in dem Umstande, daß diese Verfügungen *aus* dem Rechte des Genehmigenden erfolgen und deshalb ebensowenig wie seine eigenen Verfügungen durch ihn später beeinträchtigt werden dürfen [13]).

b) *Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Erwerbers.*

Ist der an einer Auflassung beteiligte Erwerber beschränkt geschäftsfähig, so hängt die Wirksamkeit oder schwebende Unwirksamkeit seiner Auflassungserklärung von der Beantwortung der Frage ab, ob die Auflassung als solche ihm lediglich einen *rechtlichen* Vorteil bringt — § 107 BGB. Auf die wirtschaftlichen Folgen kommt es dabei nicht an. Wenn also der wirtschaftliche Erfolg noch so unbedeutende aus dem Geschäft für den Mündel erwachsende rechtliche Verpflichtungen bei weitem aufwiegen würde, so würde das Geschäft doch nicht *lediglich* rechtlich vorteilhaft sein und daher der Zustimmung des Vertreters bedürfen.

Hinsichtlich der Auflassung sind die Meinungen darüber geteilt, ob diese und zwar in Verbindung mit der Eintragung dem Mündel lediglich rechtlichen Vorteil bringt.

Man wird von der abstrakten Natur des Leistungsgeschäfts auszugehen und die Eigentumsübertragung losgelöst von dem Kausalvertrag zu betrachten haben. Dann ist die Auflassung zweifellos ein für den Mündel lediglich vorteilhaftes Geschäft, so daß er mit seiner Eintragung auch ohne Konsens Eigentümer des aufgelassenen Grundstücks wird [14]).

Allerdings erlischt bei solchem Eigentumserwerb seine Forderung aus dem zugrunde liegenden Geschäft mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der nach § 1821 Ziff. 2 BGB. außerdem erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht. Ohne daß ein Schwebezustand hinsichtlich der Auflassung bestände, bleibt er vielmehr bis zum

13) *Planck* I, § 184, 1.

14) *Ennecerus* I, 1, § 142, II, 1; a. v. *Tuhr* II, 1, § 59, IV, S. 340.

Eintritt dieser Erfordernisse ungerechtfertigt bereichert. Der darin liegende Nachteil einer Herausgabeverpflichtung des rechtlos erworbenen Grundstücks entspringt jedoch nicht dem abstrakten Erfüllungsgeschäft als solchem, beruht vielmehr unmittelbar auf dem Gesetz.

Auch die Bereicherung und damit jeder mit der Auflassung in Zusammenhang stehende tatsächliche Nachteil fällt jedoch fort, wenn die Eigentumsübertragung nicht zur Erfüllung eines obligatorischen Anspruchs lediglich als unentgeltliche Zuwendung erfolgt. Dem Einwand, daß der Eigentumserwerb kein lediglich vorteilhaftes Geschäft sei, weil das Eigentum mit Lasten und Pflichten verbunden sein könne, ist entgegenzuhalten, daß sich der Eigentümer von Lasten und Pflichten jederzeit durch Dereliktion befreien kann[15]).

Demgegenüber ist nach anderer Ansicht die Auflassungserklärung des beschränkt geschäftsfähigen Erwerbers in allen Fällen zustimmungsbedürftig, in denen die Auflassung zum Zwecke der Befriedigung eines Anspruchs erfolgt, weil durch die Entgegennahme der Auflassungserklärung der Anspruch aufgegeben wird, der Mündel mithin nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt[16]).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Kausalgeschäft, das immer der Form des § 313 BGB., also gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf, entgeltlich oder unentgeltlich ist. Das unentgeltliche Grundgeschäft, also das Schenkungsversprechen, genügt, wenn es wirksam ist, der Form ohne weiteres, da diese schon nach § 518 BGB. vorgeschrieben ist.

Ist diese Form verletzt, so ist im Falle der Schenkung eines Grundstücks wie oben die Auflassung ohne Konsens wirksam, da sie dem Mündel nur rechtlichen Vorteil bringt, es sei denn, daß die Schenkung durch Auflagen oder dergleichen beschwert ist.

Anders jedoch würde es liegen, wenn die Auflassung zur Erfüllung eines formlosen und dadurch an sich ungültigen entgeltlichen Kausalgeschäfts erfolgte. Denn nach § 313 S. 2 BGB. wird der Formmangel geheilt und der ohne Beobachtung der Form geschlossene Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Zwar bestand kein Eigentumsübertragungsanspruch aus dem formlosen Verpflichtungsgeschäft,

15) Cosack § 57, I, 2*a*; Seuff. Arch. 64, 97, zit. bei v. Tuhr a. a. O. N. 45.

16) Planck I, § 104 Anm. 1, IV, § 1821 Anm. 2*b*.

der durch die Erfüllung aufgehoben werden könnte, jedoch würde durch das die Eintragung mitumfassende Leistungsgeschäft auch die Gegenleistungspflicht des Erwerbers begründet, mithin ein rechtlicher Nachteil entstehen, oder, anders aufgefaßt, durch das nachträgliche Gültigwerden des Vertrages nach seinem ganzen Inhalte würde auch der Anspruch des Erwerbers nachträglich legalisiert und durch die Erfüllung aufgehoben.

Ein Schwebezustand würde eintreten, wenn die vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bedürfende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, bzw. falls dieser die Auflassung selbst vornimmt, die behördliche Genehmigung bis zur Vornahme der Auflassung nicht erteilt ist. Das versteht sich von selbst, wenn man schon die Auflassung als Verfügung ansieht. Aber auch wenn man berücksichtigt, daß die Legalisierung des Kausalgeschäfts und damit die Verfügung über den Eigentumsübertragungsanspruch den Hinzutritt der Eintragung erfordern, so liegt doch das Schwergewicht der Konsensbedürftigkeit nicht auf dem Erfolgs-, sondern auf dem Erklärungsmoment der Verfügung, das eben in der Auflassungserklärung des Erwerbers enthalten ist. Mithin ist die der Auflassung nachfolgende Zustimmung Genehmigung im Sinne des § 182 BGB., die auf den Zeitpunkt der Vornahme zurückwirkt. Die Folgen der Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung sind die gewöhnlichen. Ist die Eintragung im Falle verweigerter Genehmigung bereits erfolgt oder erfolgt sie trotzdem, so tritt die Rechtsänderung nicht ein, und der Veräußerer hat einen Berichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB.

In Abwägung der dargestellten Möglichkeiten, die Auflassung entweder als abstraktes Rechtsgeschäft als für den Zustimmungsempfänger lediglich vorteilhaft und daher ohne Konsens hinsichtlich der beabsichtigten Eigentumsübertragung wirksam anzusehen, o d e r in der durch die Eintragung ergänzten Auflassung eine Verfügung über den eventuellen Erfüllungsanspruch zu erblicken, wird die erste Meinung vorzuziehen sein. Denn tatsächlich würde die Konsensbedürftigkeit in jedem Falle von der Natur des Verpflichtungsgeschäfts abhängen. Da dem Grundbuchrichter aber die Prüfung der obligatorischen Grundlagen des Erfüllungsgeschäfts entzogen, sein Prüfungsrecht vielmehr auf das Vorliegen formell einwandfreier Auflassung — § 20 GBO. — beschränkt ist, würde eine Unzahl unrichtiger Eintragungen die notwendige Folge rechtsfremder oder böswilliger Antragsstellung sein.

Praktisch bedeutet die Bevorzugung der ersterwähnten Meinung, daß der Veräußerer, falls gesetzlicher Vertreter und Vormundschaftsgericht, was tatsächlich ausgeschlossen erscheint, ihre Mitwirkung an der Aufhebung des Erfüllungsanspruchs versagen, nur einen obligatorischen Bereicherungsanspruch und zwar auch nur für den Fall hat, daß er nicht wußte, zur Leistung verpflichtet zu sein, während ein dinglicher Berichtigungsanspruch nicht besteht.

Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, daß, wenn beide Auflassungsbeteiligten beschränkt geschäftsfähig sind, ein Schwebezustand nur infolge mangelnden Konsenses zur Auflassungserklärung des Veräußerers eintritt.

2. Vollmachtlose Vertretung eines Auflassungsbeteiligten.

Es sei vorweg bemerkt, daß in diesem Abschnitt systematisch auch die Fälle vormundschaftsgerichtlicher Konsensbedürftigkeit von gesetzlichen Vertretern vorgenommener Auflassungen gehören könnten. Denn sie beruhen nicht auf dem Ausgleichsbedürfnis mangelnder Geschäftsfähigkeit, sondern demjenigen mangelnder Vertretungsmacht. Ihre Behandlung im vorhergehenden Abschnitt rechtfertigt sich jedoch durch die Wahrung ihres inneren Zusammenhangs mit den Geschäften der durch sie vertretenen Mündel, da ihre Voraussetzung in jedem Falle das Vorliegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des eigentlich Berechtigten ist.

Neben dem Mangel der Geschäftsfähigkeit eines Berechtigten ist der Mangel der Berechtigung eines geschäftsfähigen Auflassungsbeteiligten die mögliche Ursache von Schwebezuständen. Wenn der Berechtigte die Auflassung nicht selbst vornimmt, kommt als konvaleszenzfähig Mangel der Verfügungsmacht in Betracht, der letztere, wenn der Berechtigte entweder überhaupt nicht berechtigt und natürlich auch nicht verfügungsberechtigt, oder aber berechtigt und nur mit Genehmigung eines Dritten z. B. des Ehegatten verfügungsberechtigt ist.

Hinsichtlich der Vertretungsmacht ist es an sich unbestritten, daß der Vorschrift des § 925 Abs. 1 BGB., nach welcher zur Vornahme der Auflassung die Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erforderlich ist, auch dann genügt wird, wenn sich einer oder beide Teile durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Daraus ergibt sich grundsätzlich die Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils über Vollmacht und Vertretung.

Zweifel jedoch bestehen darüber, ob der Ausdehnung dieser Anwendbarkeit auf die Fälle vollmachtloser Vertretung nach §§ 177—179 BGB. nicht die Natur des dinglichen Vertrages widerspreche.

Diejenigen, welche diese Anwendbarkeit ablehnen[17]), begründen ihre Ansicht damit, daß der falsus procurator sicher schon deswegen bei obligatorischen Verträgen in Erscheinung treten könne, weil er dem redlichen Gegner bei Verweigerung der Genehmigung des Vertretenen auf Ersatz des negativen Interesses haftet. Vielmehr müsse man den vollmachtlosen Vertreter wie einen Nichtberechtigten behandeln, dessen Verfügungen nach Maßgabe der §§ 184—185 BGB. konvaleszieren könnten.

Dabei scheint aber übersehen worden zu sein — und damit wird man den Gegnern der vorstehenden Ansicht Recht geben müssen[18]) —, daß es im Verkehr einen wesentlichen Unterschied bedeutet, ob jemand im Namen eines anderen, evtl. auch stillschweigend, oder aber ausdrücklich im eigenen Namen handelnd auftritt. Die Verfügung eines Nichtberechtigten ist doch immer im eigenen Namen vorgenommen und daher niemals mit vollmachtloser Vertretung gleichzusetzen. Daß diese Fälle nicht gleichstehen, wird auch an einer späteren Stelle von Eccius zugegeben[19]). Denn es würde ja sonst z. B. die unmögliche Konsequenz gezogen werden können, daß die Verfügung des falsus procurator konvaleszient, wenn dieser den Berechtigten beerbt[20]).

Wollte man den vollmachtlosen Vertreter wie einen Nichtberechtigten behandeln, so würde man außerdem seinen redlichen, auf die Vertretungsmacht vertrauenden Geschäftsgegner in eine unverdient schwache Rechtsstellung drängen, denn einerseits würde er bis zur Genehmigung nicht zum Widerrufe berechtigt sein, andererseits auch nicht in der Lage, durch eine entsprechende Aufforderung des Vertretenen die Beseitigung der bestehenden Ungewißheit über die Wirksamkeit der Auflassung beschleunigt herbeizuführen. Notwendig ist allerdings, daß der Vertretene im Augenblick der Genehmigung verfügungsberechtigt ist[21]).

---

17) z. B. Eccius in DJZ. 02, 61 ff; Gruchot Beitr. 47, 46; Goldmann-Lilienthal § 32 zu Anm. 43.

18) Rosenberg § 873, IV, 1 *g*; K. Förster im „Recht" 02, 115 ff., 141 ff.; Simon S. 113 ff., 133; KGJ. 22, *A*, 416.

19) Eccius in Gruchot Beitr. 49, 152.

20) Ortlieb S. 77.

21) Eccius a. a. O.; Förster im „Recht" 02, 142 ff.; 03, 57.

Wenn man also grundsätzlich die Anwendbarkeit der Vorschriften auch über die vollmachtlose Vertretung bejaht, so wird doch der eine eventuelle Schadenersatzpflicht begründende § 179 BGB. davon ausgeschlossen werden müssen. Denn hier steht allerdings die besondere Natur des nur auf unmittelbare dingliche Wirkungen gerichteten sachenrechtlichen Vertrages im Wege. Deshalb ist es auch zu beanstanden, wenn Rosenberg [22]) den § 179 BGB. unter der Voraussetzung erfolgter Eintragung in der Weise für anwendbar hält, daß der unbefugte Vertreter dem anderen Teil auf Ersatz des Schadens haftet, den dieser dadurch erleidet, daß er die Auflassung als für den Vertretenen wirksam ansehen durfte. Uebrigens scheint es auch an dem Bedürfnis einer derartigen Regelung zu fehlen, denn wenn das Kausalgeschäft von dem Vertretenen selbst geschlossen war, so ist der Vertragsgegner durch seinen Erfüllungsanspruch, wenn es vom falsus procurator geschlossen war, durch seinen Schadensersatzanspruch genügend gesichert. Liegt ein Kausalgeschäft nicht vor, so ist dem Gegner wohl zuzumuten, die von ihm vermutete oder vom Vertreter behauptete Vollmacht zu prüfen, deren Vorlage das Grundbuchamt von Amts wegen zu verlangen hat. Ist diese gefälscht oder liegt sonst eine arglistige Täuschung vor, so bleiben Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt.

Ebensowenig bedenklich wie die unmittelbare Anwendung nach der Vertragstheorie ist die entsprechende Anwendung der einschlägigen Vorschriften auf die Auflassung nach der entgegengesetzten Ansicht. Denn konsensbedürftig ist nicht der von der Eintragung abhängige Erfolg, sondern die Erklärung des Erfolgswillens.

Für das Vorliegen vollmachtloser Vertretung ist es gleichgültig, ob eine Vollmacht niemals bestanden hat, ob sie später erloschen oder aufgerufen oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht wirksam geworden ist.

Es mag an dieser Stelle erwähnenswert sein, daß spitzfindigerweise die Behauptung aufgestellt ist, daß auch Geschäftsunfähige auflassen könnten [23]). Das sei nämlich insofern möglich, als Geschäftsunfähige ja eine voll oder beschränkt geschäftsfähige Person beauftragen könnten, deren Auflassung — wegen Unwirksamkeit der Vollmacht — als die eines falsus procurator durch Genehmigung des gesetz-

22) Rosenberg a.a.O.

23) Vgl. Boehmer, DJZ. 1925, S. 99 i. Vb. mit RG. in DJZ. 1924 S. 825.

lichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichtes konvaleszenzfähig sein. Mag diese Konstruktion im Ergebnis richtig sein, so handelt es sich doch eben nur um einen in seiner Entwicklung eigentümlichen Fall vollmachtloser Vertretung, ohne daß man sagen kann, Geschäftsunfähige könnten insofern Rechtsgeschäfte vornehmen. Mit der willkürbedingten Genehmigung kann ja nicht einmal in den Fällen bestimmt gerechnet werden, die für den Vertretenen günstig sind. — —

Vertretung ohne Vertretungsmacht kann sowohl auf Seiten des aktiv als auch des passiv an der Auflassung Beteiligten vorliegen. — Dabei ist es zulässig, daß auch beschränkt geschäftsfähige Personen die Vertretung ausüben — § 165 BGB. Eine Inanspruchnahme aus § 179 BGB., die bei dinglichen Rechtsgeschäften ja nicht in Betracht kommt, kann jedoch nur dann erfolgen, wenn die Wahrnehmung der Vertretung mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgt.

Eine Auflassung würde *nichtig* sein, wenn der Vertreter erklärt, daß er ohne Vollmacht handele und der Erklärungsempfänger damit einverstanden ist, mithin beide Parteien darüber einig sind, daß die Wirksamkeit der Auflassung von der Genehmigung des Vertretenen abhängen solle. Denn in diesem Falle wäre die Genehmigung zur rechtsgeschäftlichen Bedingung erhoben, während eine Bedingung nach § 925 Abs. 2 BGB. immer unzulässig ist, es sei denn, daß es sich um eine Rechtsbedingung handele [24]).

Ist einer der Beteiligten durch falsus procurator vertreten, so darf auch in diesem Falle das Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung im Hinblick auf die Konvaleszenzmöglichkeit nicht ablehnen, die Eintragung jedoch erst auf Grund in der Form des § 29 GBO. nachgewiesener Genehmigung des Vertretenen vornehmen [25]).

Die Genehmigung kann nach § 182 Abs. 1 BGB. gegenüber dem Vertreter oder gegenüber dem Auflassungsgegner erteilt werden. Da nicht ausdrücklich gesagt ist, daß sie „nur" dem Beteiligten gegenüber erklärt werden kann, darf angenommen werden, daß sie auch dem Grundbuchamt gegenüber erfolgen kann. Für diese Annahme spricht die Analogie der §§ 876 S. 3, 880 Abs. 2 S. 3, 1183 a. E. BGB., obgleich es sich in diesen Fällen nicht um die Zustimmung einer

---

24) Goldmann-Lilienthal I, § 55, 7*b*.

25) Biermann § 925, 1*b* β; zit. herrsch. M. nämlich Förster im „Recht" Bd. 6 S. 141; KGJ. 22 *A*, 146, 26 *A*, 313; a. M. wie oben Eccius und Goldmann-Lilienthal a. a. O.

unmittelbar an dem Rechtsgeschäft beteiligten, sondern nur mittelbar interessierten dritten Person handelt[26]).

Nur dem Auflassungsgegner gegenüber kann die Genehmigung jedoch erklärt werden, wenn dieser den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert hat, ein Mittel, das auch hier dem Gegner eines in seiner Rechtsstellung beschränkten Kontrahenten zur rascheren Herbeiführung der Beendigung des Schwebezustandes zusteht — § 177 Abs. 2 BGB. Die Aufforderung hat die weitere den Vorschriften über die beschränkte Geschäftsfähigkeit nachgebildete Wirkung, daß die Genehmigung nur binnen einer zweiwöchentlichen Ausschlußfrist erteilt werden kann, nach deren fruchtlosem Ablauf sie als verweigert gilt.

Bis zur Genehmigung kann der Auflassungsgegner durch Erklärung gegenüber dem Vertreter oder dem Vertretenen widerrufen, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei Vornahme der Auflassung gekannt hat — § 178 BGB.

War der Vertreter vor der Auflassung nur mündlich bevollmächtigt, so tritt an die Stelle der Genehmigung die Nachreichung einer formgültigen Vollmacht. Materiell ist die Auflassung jedoch von vorneherein wirksam, so daß ein Schwebezustand nicht vorliegt. —

Daß beide Parteien durch denselben Bevollmächtigten vertreten werden bzw. eine Partei als Vertreter der anderen die Auflassung mit sich vornimmt, ist nach Maßgabe des § 181 BGB. unter der Voraussetzung zulässig, daß eine besondere Gestattung vorliegt oder daß die Eigentumsübertragung ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht[27]).

Diese Selbstkontrahage ist ebenso erlaubt für den gewillkürten wie für den gesetzlichen Vertreter. Die Voraussetzungen des § 181 BGB. müssen, soweit sie nicht beim Grundbuchamt offenkundig sind, gemäß §§ 29, 30 GBO. nachgewiesen werden.

---

26) Siber S. 781; Biermann § 925, 1 *b* β; 20 *b* ObLG.; Bayern KGJ. 27, *A*, 305; Predari Bem. *B* zu § 20 GBO.; im Ergebnis Turnau-Förster Bem. *B* 2 zu § 873; a. M. KGJ. 34 *A*, 253; Oberneck § 55 Ziff. 9; KGJ. 36 *A*, 194; Rosenberg § 873, IV, 1 *h*.

27) Rosenberg § 873, IV, 1 *g*, a. E.; Biermann § 925, 1 *b* β (Literat. ebenda); KGJ. 21, *A*, 292.

Nach der Fassung des Gesetzes „kann nicht" könnte es zweifelhaft sein, ob auch ein Vertreter ohne Vertretungsmacht mit sich selbst oder für einen anderen mit oder evtl. auch ohne Vertretungsmacht kontrahieren kann. Wäre der bezeichnete Ausdruck als Verbot aufzufassen, so wäre das Selbstkontrahieren des Vertreters ohne Vertretungsmacht ohne weiteres nichtig [28]). Daß diese Wirkung nicht beabsichtigt sein kann, hat jedoch auch das Reichsgericht ausgesprochen [29]). Es sei anzunehmen, daß bei unbefugtem Selbstkontrahieren der Vertreter außerhalb seiner Vertretungsmacht handele; das sei ebenso zu beurteilen, wie wenn er überhaupt keine Vollmacht hätte. Dann ist eine derartige Auflassung nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam und genehmigungsfähig nach § 177 BGB. —

3. Auflassung eines Nichtberechtigten.

§ 873 BGB. fordert zur Vornahme wirksamer Buchrechtsgeschäfte die Einigung des Berechtigten, der in § 925 BGB. der Veräußerer genannt wird, und des anderen Teils. Der Berechtigte ist in diesem Falle der Eigentümer. Dabei genügt es nicht, daß im Falle der Eigentumsübertragung der Veräußerer als Eigentümer eingetragen ist, ohne materiell Eigentümer zu sein, obgleich nach § 892 BGB. im Falle der Gutgläubigkeit des Erwerbers die Eintragung auf Grund der Auflassung eines eingetragenen Nichteigentümers zu dem beabsichtigten Erfolg der Eigentumsübertragung führt, falls nicht dem Erwerber in dem nach § 892 Abs. 2 BGB. maßgebenden Zeitpunkt die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts bekannt war. Andererseits ist auch das Vorliegen seiner Eintragung nicht erforderlich, soll allerdings vor einer auf Grund der Auflassung eines nicht eingetragenen Eigentümers erfolgenden Eintragung nach der Ordnungsvorschrift des § 40 GBO. zur Zeit dieser Eintragung immer vorliegen. Materiell ist die Nichtbeachtung dieser Vorschrift wirkungslos. Das Grundbuch würde also durch die Eintragung des Erwerbers auf Grund von diesem mit dem nicht eingetragenen materiell Berechtigten vorgenommener Auflassung berichtigt werden und das Eigenutm übergehen. Das Nichteingetragensein des Berechtigten kann praktisch nur auf nichtrechtsgeschäftlichem außergrundbuchlichem Erwerb beruhen, z. B. durch Erbfall,

28) RGZ. 51, 422.
29) RGZ. 56, 104; 67, 51; 68, 37.

es sei denn, daß er ursprünglich als Eigentümer eingetragen und zu Unrecht gelöscht war. Denn ein rechtsgeschäftlicher Erwerb kann ja nur auf Grund von Auflassung und Eintragung erfolgt sein.

In diesem Abschnitt soll die Frage der Wirksamkeit von einem Nichtberechtigten vorgenommener Auflassungen geprüft werden, sei es, daß derselbe als Eigentümer eingetragen war oder nicht.

Die Auflassung eines Nichtberechtigten ist wirksam, wenn ihm die Verfügungsbefugnis über das Grundstück zusteht, und dann ebenso zu beurteilen wie die Auflassung des Berechtigten. Das ist z. B. der Fall bei der Auflassung des Nachlaßverwalters (§ 1984 BGB. mit § 6 Abs. 2 KO., 1984 BGB.), des Erbschaftsverwalters (§ 2129 BGB), des Testamentsvollstreckers (§ 2205 BGB.), des Konkursverwalters (§ 6 Abs. 2 KO.).

Ob nun die Auflassung eines nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift verfügungsbefugten Nichtberechtigten durch die Genehmigung des Berechtigten wirksam werden und als Eintragungsgrundlage dienen kann, hängt davon ab, ob und inwieweit das Konvaleszenzprinzip des § 185 BGB. auf die Auflassung anwendbar ist.

Es ist von vornherein klar und ergibt sich auch aus § 185 Abs. 1 BGB., daß eine mit Einwilligung des Berechtigten vorgenommene Auflassung des Nichtberechtigten wirksam ist[30]).

Nach § 185 Abs. 2 BGB. werden Verfügungen eines Nichtberechtigten wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt, oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß nur die Verfügung als solche genehmigungsfähig und eine vor Vollendung der Verfügung erteilte Zustimmung des Berechtigten als Einwilligung anzusehen ist. Da nun nur Auflassung und Eintragung zusammen die Rechtsänderung herbeiführen und daher nur zusammen ein Verfügungsgeschäft darstellen, würde, falls die Auflassung eines Nichtberechtigten zur Eintragung geführt hat, die beiden Akten nachfolgende Genehmigung des Berechtigten die Eigentumsübertragung wirksam machen und den bis dahin bestehenden Schwebezustand beenden. Aeußerst bestritten ist jedoch, ob die Auflassung einer gesonderten Konvaleszenz fähig ist.

30) KGJ. 36 *A*, 194; KG. 20. 8. 02. Rechtspr. 5, 419.

Einigt sich ein Nichtberechtigter mit einem anderen darüber, daß das Eigentum an einem ihm nicht gehörigen Grundstücke auf den anderen übergehen soll, so kommt für diese Einigung begrifflich die Zustimmung des Berechtigten nicht in Frage, denn es hängt lediglich von ihrem Willen ab, worüber sie sich einig sind. Allerdings kann diese Einigung zur Eigentumsübertragung an dem Grundstück nicht führen, dazu ist vielmehr nach § 185 BGB. erforderlich, daß der Berechtigte in die Eigentumsübertragung einwilligt, bzw. sie genehmigt[31]). In der Durchführung dieses Gedankens kommt Eccius[32]) dann auch zu dem folgerichtigen Ergebnis, daß die Auflassung eines Nichtberechtigten im Sinne des § 185 BGB. gar nicht genehmigt werden könne, da eine Verfügung über das Grundstück noch garnicht vorliege. Demgegenüber ist dann aber ausgeführt[33]), daß die zwischen der Auflassung des Nichtberechtigten und einer nachfolgenden Eintragung erfolgende Zustimmung des Berechtigten als Einwilligung in die Eigentumsübertragung aufzufassen sei gemäß § 185 Abs. 1 BGB.[34]). Durch die Einwilligung sei der Nichtberechtigte zur Verfügung befugt und die auf Grund seiner Auflassung erfolgende Eintragung des Erwerbers sei eine wirksame Verfügung, d. h. sie bewirke den Uebergang des Eigentums am Grundstück auf den anderen Teil.

Diese Auffassung hat die praktische Bedeutung, daß der Berechtigte die Einwilligung bis zur Eintragung, nämlich bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, nach § 183 BGB. widerrufen kann[35]).

Bei der Konstruktion, welche die zwischen Auflassung und Eintragung erteilte Zustimmung als Einwilligung ansieht, wird jedoch dem in § 925 BGB. aufgestellten Erfordernis nicht Rechnung getragen, daß die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten erklärt werden müsse. Denn da die Einwilligung als „vorherige" Zustimmung naturgemäß nicht zurückwirken kann, kann auch die Verfügungserklärung des Nichtberechtigten bei späterer Erteilung der Zustimmung des Berechtigten nicht als bereits bei Vornahme der Auflassung abgegeben gelten. Demnach

---

31) Goldmann-Lilienthal I, § 32 Anm. 36.
32) Eccius in Gruchot, Beitr. Bd. 47 S. 66.
33) Goldmann-Lilienthal a. a. O.
34) Ebenso Rosenberg § 873, III, 2*b* Abs. 2.
35) Hierzu im einzelnen Siber S. 145 ff., dem im einzelnen nicht beigepflichtet wird.

kann auch eine Eintragung nach Erteilung der Zustimmung nur dann zur Rechtsänderung führen, wenn der Nichtberechtigte nunmehr die Auflassung mit dem anderen Teil wiederholen würde. Das bedeutet natürlich einen unerhörten und vom Gesetzgeber offenbar nicht gewollten Formalismus.

Das praktische Bedürfnis verlangt vielmehr die Wirksamkeit der zwischen Auflassung und Eintragung erfolgenden Zustimmung, und wenn das ohne Verletzung gesetzlicher Vorschriften nach der obigen Konstruktion nicht möglich ist, so fragt es sich, ob nach § 185 BGB. die Auflassung nicht besonders konvaleszenzfähig ist.

Im Entwurf I[36]) war das dem § 185 BGB. zugrunde liegende Prinzip für die einzelnen Fälle der §§ 310, 830, 876 ausgesprochen. Der § 830 bezog sich auf die Eintragungsbewilligung als Bestandteil des dinglichen Vertrags und bestimmte, daß die Eintragungsbewilligung eines Nichtberechtigten wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erteilt ist, und wirksam wird, wenn sie vom Berechtigten genehmigt wird, oder wenn der Nichtberechtigte das für die Wirksamkeit der Bewilligung erforderliche Recht erwirbt, oder wenn der Nichtberechtigte von dem Berechtigten beerbt wird und das Erlöschen des Inventarrechts eintritt. In der zweiten Lesung wurde erwogen, daß den in den §§ 310, 830, 876 behandelten Fällen ein allgemeines Prinzip zugrunde liege, welches auch auf andere Fälle, für welche die Konvaleszenz nicht ausdrücklich bestimmt sei, Anwendung zu finden habe. Dieses Prinzip wurde im § 153 des Entwurfs II, der dem § 185 BGB. entspricht, ausgesprochen. Da eine Ausnahmebestimmung über den Ausschluß der Konvaleszenz im Sachenrecht nicht besteht, ergibt sich aus dieser Entwicklung zunächst die Anwendbarkeit des § 185 BGB. auf den dinglichen Vertrag. Da nun weiter die Eintragung eine der Einwirkung der Parteien entzogene behördliche Handlung ist, haben die Parteien mit Einigungs- und Eintragungsantrag alles ihrerseits zur Verfügung Erforderliche getan. Der Veräußerer ist daher auch zwischen Auflassung und Eintragung, obwohl er bis zur erfolgten Eintragung noch Eigentümer bleibt, nicht mehr zu Verfügungen über das Grundstück befugt und es können auch Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung nicht mehr gegen ihn erfolgen. Man wird demnach die Auflassung als eine durch die Eintragung bedingte Verfügung ansehen und sie als solche der

36) Vgl. zum Folgenden Mugdan IX (Motive 104 ff.; Prot. 531).

Konvaleszenz für fähig erachten dürfen[37]). Der Verwendung des Bedingungsbegriffs steht allerdings das Bedenken entgegen, daß das Verfügungsgeschäft seinem Typus nach nicht ohne diese Bedingung bestehen könnte und die Eintragung daher tatbestandswesentlich und nicht Bedingung ist. Aber dem gegenüber ist anzuführen, daß der Gebrauch des Ausdrucks Bedingung in seiner allgemeineren Bedeutung anstelle der beschränkt juristischen unentbehrlich erscheint, um die Konvaleszenzfähigkeit der Auflassung als wesentlichen Verfügungsbestandteil zu erklären. Daß im Entwurf I § 830 von diesem Standpunkt ausgegangen ist, ergibt sich daraus, daß der Grundsatz der Konvaleszenz für die Eintragungsbewilligung, die nach Entwurf I einen Teil des dinglichen Vertrages bildete, ausgesprochen wurde. In den M. 189 wird ausgeführt: „Nach dem Entwurf kann die Konvaleszenz sowohl vor als auch nach Vollziehung der auf Grund der Bewillung eines Nichtberechtigten möglichen Eintragung in Frage kommen. Juristisch sind aber beide Fälle nicht verschieden. Es handelt sich immer um eine Unwirksamkeit des dinglichen Vertrages aus Gründen, welche in einem Mangel der Berechtigung des Verkäufers zur Verfügung über den Vertragsgegenstand beruhen. Es liegt daher keine Veranlassung vor, in dem Gesetzbuche die beiden Kategorien zu trennen. Vielmehr empfiehlt es sich, den § 830 an den Wortlaut des § 310 anzuschließen, da es hier wie dort darauf ankommt, die Wirksamkeit des an sich unwirksamen Vertrages für die Fälle sicherzustellen, in welchen der Grund der Unwirksamkeit in der angegebenen Weise sich erledigt." — Da nicht ersichtlich ist, daß man in zweiter Lesung von diesem Standpunkt abweichen wollte, darf angenommen werden, daß auch die Auflassung in der späteren und endgültigen Gesetzesfassung für gesondert konvaleszenzfähig gehalten werden sollte[38]).

Demnach befindet sich die Auflassung eines nichtberechtigten Veräußerers bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung des Berechtigten im Zustande schwebender Unwirksamkeit. Mit der Genehmigung wird die Auflassung wirksam, d. h. sie bewirkt mit nachfolgender Eintragung den Eintritt der Rechtsänderung, während diese bei bereits vorliegender Eintragung sofort eintritt. Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme der Auflassung zurück.

---

37) Fuchs II, § 20 GBO. Anm. 7—9.

38) Fuchs II a. a. O.

Das ergibt sich aus § 185 Abs. 2 in Vb. mit 184 Abs. 1 BGB., welche letztere Vorschrift das auch auf die erste Bestimmung anzuwendende allgemeine Prinzip enthält, da nichts anders gesagt ist[39]). Die Rückwirkung bedeutet jedoch nicht, daß der Genehmigende sich rückwirkend auch die Macht beilegen könnte, die er zur Zeit der Vornahme, aber nicht mehr im Augenblicke der Genehmigung hat. Vielmehr muß die Berechtigung im Augenblick der Genehmigung vorliegen[40]). Wenn die Auflassungserklärung des Nichtberechtigten genehmigt ist, ist auch dem Erfordernis der Gleichzeitigkeit genügt.

Für das Wirksamwerden der Auflassung genügt auch der Eintritt solcher Umstände, denen die rückwirkende Kraft versagt ist. Das ist der Fall, wenn der Nichtberechtigte das Grundstück erwirbt oder wenn der Berechtigte den Nichtberechtigten beerbt und für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, also auch mit dem Grundstück, haftet, über das der Nichtberechtigte verfügt hat — § 185 Abs. 2 BGB. Denn wird auch in diesen Fällen die zunächst unwirksame Auflassung erst durch den nachträglichen Rechtsakt für die Zukunft wirksam, so bedarf es doch keiner neuen Erklärung. Vielmehr wird die frühere Auflassung wirksam, und diese ist in Gegenwart beider Parteien erklärt, indem nämlich im Falle des Erwerbs durch den Nichtberechtigten dieser ja die Auflassung selbst vorgenommen, im Falle seiner Beerbung durch den Berechtigten dieser alle Erklärungen seines Rechtsvorgängers für bzw. gegen sich gelten lassen muß[41]).

Die vorstehend wiedergegebene Ansicht von der Konvaleszenzfähigkeit der Auflassung findet auch die Billigung der Praxis. So hat das Kammergericht[42]) sich dahin ausgesprochen, daß „die Auflassung, welche ein nichtberechtigter Veräußerer im eigenen Namen erteilt, durch die Genehmigung des eingetragenen Eigentümers wirksam wird.". Dieser Satz bleibt durch die grundlegenden Ausführungen des Reichsgerichts unwidersprochen[43]).

---

39) Förster, „Recht" 02, S. 115 ff.

40) Eccius, Gruchot Beitr. 47 S. 63; Fuchs II a. a. O. Anm. 10.

41) Güthe § 20 Anm. 31; OLG. Rechtspr. 5, 418; a. M. Predari *A*, 4, *B* S. 414 Abs. 1 a. E.

42) KGJ. 23 *A*, 136 (= OLG. Rechtspr. 4, 33).

43) RGZ. 54, 362 ff.; im übrigen zu vergleichen KGJ. 36 *A*, 194; 47, 158; 51, 193; 53, 133.

Für den Fall der Kollision einer Verfügung des Berechtigten mit der von diesem später genehmigten Verfügung eines Nichtberechtigten und die entsprechenden Fälle greift auch hier § 184, Abs. 2 BGB. Platz. Im Falle der Konfusion durch Rechtserwerb des Nichtberechtigten [44]) oder der Erbfolge des Berechtigten wird nach § 185 Abs. 2 S. 2 BGB. von mehreren miteinander nicht im Einklang stehenden Verfügungen nur die frühere wirksam.

Für die Form der Genehmigung gilt das bereits früher Gesagte, d. h. materiellrechtlich ist die Zustimmungserklärung formlos, während formell-rechtlich die Form des § 29 GBO. zu wahren ist.

Die Entgegennahme der Auflassung darf das Grundbuchamt auch hier im Hinblick auf die Möglichkeit späterer Heilung nicht ablehnen [45]).

Ist der Nichtberechtigte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so führt eine auf Grund seiner Auflassung vorgenommene Eintragung des Erwerbers zum Eigentumsübergang, wenn nicht ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchinhalts eingetragen ist oder dem Erwerber in dem nach § 892 Abs. 2 BGB. maßgebenden Zeitpunkt die Unrichtigkeit bekannt war. In diesem Fall wird der materiell vorhandene Schwebezustand also bereits mit der Erledigung der Eintragung entschieden.

Bei mehreren aufeinanderfolgenden Grundstücksveräußerungen kann durch die Anwendung des § 185 die Eintragung des Zwischenerwerbers vermieden werden. Zwar, wendet Fuchs [46]) ein, könnte der erste Veräußerer, wenn er durch die Auflassung das zur Verfügung seinerseits Erforderliche getan habe, obgleich er bis zur Eintragung Eigentümer bleibe, wegen nunmehr mangelnder Verfügungsmacht eine rechtlich bedeutsame Zustimmung nicht mehr erteilen. Es bedürfe also zunächst noch der Eintragung des Zwischenerwerbers oder könne, falls eine Auflassung an diesen noch nicht erfolgt sei, unmittelbar an den Letzterwerber aufgelassen werden. Richtig ist, daß eine Auflassung des nicht eingetragenen und daher nicht-

44) Fuchs II, § 20, 14 (kein Fall des § 18 GBO.).

45) Güthe § 20 Anm. 45; OLG. Rechtspr. 21, 32; KGJ. 26 *A*, 313 (= OLG. Rechtspr. 6, 274). A. M. KGJ. 25 *A*, 117 (= OLG. Rechtspr. 5, 294); KGJ. 28 *A*, 94.

46) Fuchs II, § 20 GBO. Anm. 13.

berechtigten Zwischenerwerbers auf den Letzterwerber an sich nicht zum Ziele führen kann. Es kann jedoch in der Auflassung an den Zwischenerwerber die Einwilligung des eingetragenen Veräußerers zu Verfügungen des noch nicht eingetragenen Zwischenerwerbers gefunden werden. Diesem praktischen Bedürfnis trägt denn auch die Rechtsprechung allgemein Rechnung[47]).

Da die Auflassung ipso iure bindend ist, ist das für die formlose Einigung zulässige Widerrufsrecht nicht beeinträchtigt. Jedoch wird man annehmen müssen, daß der Veräußerer berechtigt ist, seine in der Auflassungserklärung an den Zwischenerwerber liegende Einwilligung zu Weiterverfügungen bis zur Auflassung an den Letzterwerber, nämlich bis zur Vornahme des konsensbedürftigen Verfügungsgeschäfts zu widerrufen — § 183 BGB. Trotz eines derartigen Widerrufs, der sich als ein Protest gegen die Auslegung einer Willenserklärung darstellt, bliebe er natürlich an die Auflassung als solche gebunden. Ist ein solcher Widerruf erfolgt oder die Auflassung wegen Willensmangels nachträglich angefochten und nichtig geworden, so entbehrt auch die Einwilligung der ihr kraft § 185 BGB. zugeschriebenen Wirksamkeit, und eine Auflassung des Zwischenerwerbers wäre schwebend unwirksam. Denn eine Verweigerung der Zustimmung könnte in Widerruf oder Anfechtung nicht vor Vornahme des zustimmungsbedürftigen Geschäfts gefunden werden, so daß die Möglichkeit einer Konvaleszenz weiterbesteht.

4. Verfügungsbeschränkungen eines Auflassungsbeteiligten durch das eheliche Güterrecht.

a) Gesetzliches Güterrecht.

Zur Auflassung eines einer Ehefrau gehörigen Grundstückes während der Ehe ist die Zustimmung des Ehegatten erforderlich, es sei denn, daß das Grundstück zum Vorbehaltsgut der Frau gehört, daß die Ehegatten in Gütertrennung oder einem besonderen vertraglichen Güterstand leben, oder daß einer der gesetzlichen Ausnahmefälle vorliegt, die im späteren Abschnitt noch besonders behandelt werden.

---

47) Rosenberg § 873, IV, 4 *b*; RGZ. 54, 362 ff.; KGJ. 47, 158; OLG. Rechtspr. 31, 298.

Nach dem gesetzlichen Güterrecht werden der Frau gehörige oder während der Ehe von ihr erworbene Grundstücke mit der Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (§ 1363 BGB., Ausn. §§ 1364 ff. BGB.). Das Verwaltungsrecht des Mannes umfaßt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung außer in den Fällen des § 1376 BGB. zu verfügen. Danach ist der Mann nur dann zur Auflassung eines zum eingebrachten Gut gehörigen Grundstücks ohne Zustimmung der Frau berechtigt, wenn die Eigentumsübertragung zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung erfolgt.

Im Verhältnis zu den bisher und später behandelten Schwebefällen nimmt der Ehemann als Auflassungsbeteiligter eine besondere Stellung ein, denn er ist weder berechtigt mit Verfügungsmacht wie der Eigentümer, noch berechtigt ohne Verfügungsmacht wie die Ehefrau oder der Vorerbe, noch nicht berechtigt mit Verfügungsmacht wie der Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker, noch nicht berechtigt ohne Verfügungsmacht wie ein Nichtberechtigter, sondern nicht berechtigt mit bedingter, d. h. von der Zustimmung der Frau abhängiger Verfügungsmacht. Eine ohne Einwilligung der Frau vorgenommene Verfügung über ein zum eingebrachten Gut gehöriges Grundstück ist daher schwebend unwirksam. Hat der Ehemann im eigenen Namen verfügt, so ähnelt der Schwebezustand der Verfügung eines Nichtberechtigten, hat er im Namen der Frau verfügt, so ähnelt er der Verfügung eines vollmachtlosen Vertreters.

Es ist nicht unbestritten, ob der Ehemann, wenn er mit vorheriger oder nachträglicher Zustimmung der Frau über eingebrachtes Gut verfügt, im eigenen Namen oder im Namen der Frau handelt.

Nach herrschender Ansicht handelt der Mann immer im eigenen Namen und bedarf, um wirksam im Namen der Frau zu handeln, wie jeder Dritte einer besonderen, darauf gerichteten Vollmacht[48]). Demgegenüber räumen andere dem Manne ein Wahlrecht ein, im Namen der Frau oder im eigenen Namen zu verfügen[49]). Praktisch kann der Ehemann in der Regel in den hier allein in Rede stehenden Grund-

---

48) Kipp-Wolff § 48, I Anm. 3 u. 4.

49) Planck Vorbem. 3 zu § 1373; Endemann FamR. § 176, 3 *b*; im Ergebnis v. Tuhr § 78.

buchgeschäften nur im Namen der Frau verfügen[50]). Denn die Frau als eingetragene Eigentümerin ist die allein Berechtigte, so daß der Mann, wenn er über ihr Grundstück verfügen will, die Nennung ihres Namens nicht umgehen kann. Dadurch ist natürlich eine Auflassung im eigenen Namen nicht ausgeschlossen, insbesondere unter Berücksichtigung derjenigen Fälle, in welchen die Frau z. B. infolge nicht rechtsgeschäftlichen Erwerbs Eigentümerin geworden und daher nicht im Grundbuch eingetragen ist. In diesen Fällen konvalesziert eine ohne Einwilligung der Frau vorgenommene Auflassung des Mannes nach § 185 BGB. mit ihrer nachträglichen Zustimmung. Ein Widerrufsrecht oder ein Mittel zur beschleunigten Beendigung des Schwebezustandes steht dem Erwerber nicht zur Verfügung, wenn die tatsächlichen Verhältnisse zu der Auslegung zwingen, daß der Ehemann im eigenen Namen verfügen wollte und verfügt hat.

Erfolgt jedoch die Auflassung im Namen der Frau, so finden die Grundsätze des § 177 Abs. 2 BGB. Anwendung[51]). Es ist nicht einzusehen, daß der Mann zur Verfügung im Namen der Frau einer ausdrücklichen Vollmacht bedürfen sollte, denn diese Vollmacht ist im Zweifel in der Zustimmungserklärung enthalten, wenn es nicht schon genügt, die Vertretungsbefugnis aus dem Verwaltungsrecht des Mannes beim Vorliegen einer Zustimmungserklärung abzuleiten.

Auch wenn wie im Falle des § 1376 Abs. 3 BGB. die Zustimmung der Frau nicht erforderlich ist, bringt es die Natur des zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der Frau vorgenommenen Verfügungsgeschäfts mit sich, daß dieses nur im Namen der Frau erfolgen kann. Denn die dem Ehemann vom Gesetz übertragene selbständige Verfügungsbefugnis stellt sich als Vertretungsmacht dar[52]). Uebrigens kann die uneingeschränkte Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Grundstücksverkehr zweifelhaft sein. Grundsätzlich wird nichts gegen die Anwendbarkeit anzuwenden sein[53]), wenn z. B. die Frau ein zum Eingebrachten gehöriges Grundstück mit Zustimmung des Mannes veräußert und der Mann im Namen der Frau

---

50) v. Tuhr I, § 2 Anm. 6, II, 1, § 60 Anm. 745, II, 2, § 78 Anm. 39.

51) v. Tuhr II, 2 Anm. 185, 39.

52) v. Tuhr II, 1 § 60 Anm. 75.

53) a. M. Planck Anm. 3 zu § 1376.

das Eigentum daran auf den Erwerber überträgt[54]). Praktisch aber wird man dann niemals ohne die Zustimmung der Frau auskommen, die grundbuchmäßig allein irgendwelche Zweifel über das Bestehen der Verpflichtung der Frau beseitigen kann, ohne die eine Eintragung nicht vorgenommen werden darf. Wird die Eintragung trotzdem vorgenommen, so geht das Eigentum nur dann über, wenn tatsächlich eine wirksame Verpflichtung bestanden hat. Andernfalls ist die Auflassung bzw. das ganze Verfügungsgeschäft bis zur eventuellen Genehmigung schwebend unwirksam und durch eine bereits erfolgte Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden.

Von Bedeutung ist die Frage, in wessen Namen der Ehemann die Auflassung vornimmt, für das Widerrufs- und Fristsetzungsrecht des Erwerbers, das für Handlungen des Mannes im Namen der Frau mangels ausdrücklicher Vorschrift gemäß § 177 BGB. angenommen werden muß. Denn aus dem Schweigen des Gesetzes und dem Umstande, daß für Verfügungen der Frau in den §§ 1396—97 BGB. ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß die Anwendbarkeit der fraglichen Vorschriften ausgeschlossen sein sollte. Vielmehr bestand für die einer analogen Rechtslage entbehrende Stellung der Frau ein Bedürfnis zu besonderer Regelung[55]).

Die ohne ausreichenden Grund *verweigerte Zustimmung* der Frau kann auf Antrag des Mannes nach § 1379 BGB. durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Auflassung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Guts erforderlich ist, oder wenn die Frau durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe der Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Die *Stellung der* eigentumsberechtigten *Ehefrau* nähert sich in ihrer rechtlichen Behandlung derjenigen beschränkt geschäftsfähiger Personen. Denn nach § 1395 BGB. kann die Frau nur mit Zustimmung des durch ihre Verfügungsbeschränkung in seinem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht geschützten Ehemannes wirksam verfügen. Verfügungen durch Vertrag sind nach § 1396 BGB. konvaleszenzfähig, einseitige Verfügungen ohne Einwilligung nach

54) *Predari* § 19 Anm. 18.
55) a. M. *Kipp-Wolff* § 48 IV.

§ 1398 BGB. unwirksam. Daneben bleiben natürlich alle Beschränkungen unberührt, die sich nicht aus dem Rechte des Mannes, sondern aus anderen Gesichtspunkten, z. B. beschränkter Geschäftsfähigkeit, ergeben. Daß durch die Beschränkung der Verfügungsmacht nicht auch die der Geschäftsfähigkeit beabsichtigt ist, ergibt sich aus der wichtigen Abweichung des § 1399 BGB., daß Verpflichtungsgeschäfte der Ehefrau einer Zustimmung nicht bedürfen.

Die konstruktiven Schwierigkeiten, welche sich aus der Frage ergeben, ob nur die vollendete Verfügung oder bereits die in der Auflassung enthaltene Verfügungserklärung der Ehefrau genehmigungsfähig ist, werden durch den Wortlaut des § 1396 aufgelöst. Danach hängt die Wirksamkeit des Vertrages, durch den die Frau ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut verfügt, von dessen Genehmigung ab. Der Anwendung der Konvaleszenzvorschriften auf die Auflassung stehen daher keine Bedenken entgegen.

Die ohne Einwilligung des Mannes von der Frau vorgenommene Auflassung eines zum Eingebrachten gehörigen Grundstücks wird demnach mit der nachträglichen Genehmigung ex tunc wirksam und ex nunc mit dem Aufhören der Verwaltung und Nutznießung, es sei denn, daß die Genehmigung bereits vorher verweigert war. Die Auflassung bleibt unwirksam, wenn die Genehmigung verweigert wird und zwar auch dann, wenn Verwaltung und Nutznießung des Mannes später endigen — § 1396 Abs. 3 BGB. In diesem Falle bedarf es erneuter Vornahme der Auflassung durch die nunmehr in ihrer Verfügungsmacht unbeschränkte Ehefrau. Die Gültigkeit des der Auflassung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts bleibt durch die Verweigerung der Genehmigung unberührt, da sich § 1396 BGB. nur auf das Erfüllungsgeschäft bezieht[56]), falls nicht die besonderen Umstände des Falles dagegen sprechen, daß Verpflichtungsgeschäfte der Frau unter der stillschweigenden Bedingung ehemännlicher Zustimmung geschlossen werden[57]).

Hat der Ehemann aber dem Verpflichtungsgeschäft ausdrücklich zugestimmt, so ist dasselbe nach § 1399 Abs. 2 S. 1 BGB. auch in Ansehung eines zum eingebrachten Gut gehörigen Grundstücks ihm gegenüber wirksam, d. h. der Erwerber kann auch gegen den Mann mit Erfolg auf Erteilung

---

56) JW. 1915 S. 1012.

57) Kipp-Wolff § 53, II Anm. 14; Planck IV zu § 1399 a. E.

der Zustimmung zum Erfüllungsgeschäft klagen. Falls diese Zustimmung in der Form des § 313 BGB. erteilt ist, also auch derjenigen des § 29 GBO. genügen würde, könnte es zweifelhaft sein und wird sich jedenfalls nach den jeweiligen Umständen richten, ob eine neue Zustimmung zur Auflassung überhaupt noch erforderlich ist. Es wird zu beachten sein, daß die Zustimmung sich auch auf die Verfügung beziehen muß, formell formbedürftig ist und einer bestimmten Fassung nicht entbehren kann, daß also nicht einmal die formgerechte Erklärung genügen würde, die Einwilligung wäre bereits vorher mündlich erteilt[58]).

Ein Dritter muß die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen, denen die Frau unterworfen ist, nach § 1404 BGB. auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist. Das bedeutet vor allem den Ausschluß der Vorschriften über gutgläubigen Erwerb.

Der Auflassungsgegner der Ehefrau hat ähnlich dem des beschränkt Geschäftsfähigen *während des Schwebezustandes* zwei Möglichkeiten, seine Beendigung herbeizuführen.

a) nach § 1396 Abs. 2 BGB. macht eine an den Mann gerichtete Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung eine vorher der Frau gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung derselben unwirksam und bewirkt, daß die Genehmigung binnen einer Ausschlußfrist von zwei Wochen nur dem Auffordernden gegenüber erklärt werden kann, nach deren fruchtlosem Ablauf sie als verweigert gilt.

b) Nach § 1397 BGB. kann der Auflassungsgegner bis zur Genehmigung sowohl dem Manne als auch der Frau gegenüber seine Auflassungserklärung widerrufen. Ausgeschlossen ist der Widerruf, wenn der Widerrufsberechtigte gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau war, es sei denn, daß sie der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Mannes behauptet hat und ihm das Fehlen der Einwilligung bei Vornahme der Auflassung nicht bekannt war. Während der Widerruf nach § 109 BGB. regelmäßig auch das obligatorische Geschäft aufhebt, ergreift § 1397 BGB. nur das Erfüllungsgeschäft. Eine dem § 109 BGB. analoge Anwendung des § 1397 BGB. auf das Verpflichtungsgeschäft liegt nicht außer Betracht[59]), erscheint jedoch prak-

58) *Predari* § 19 Anm. 17; KGJ. 23 *A*, 241.

59) v. *Tuhr* II, 1, § 60 Anm. 11, II, 2, § 78, VI.

tisch entbehrlich, denn durch den Widerruf wird die Frau in Erfüllungsverzug gesetzt, erwirbt der Widerrufsberechtigte mithin die Rechte aus § 326 BGB. Besteht kein Interesse an der Erfüllung, ein für das Liegenschaftsrecht kaum denkbarer Fall, so enthält der Widerruf gleichzeitig den Rücktritt vom Grundgeschäft. Anderenfalls ist eine Nachfrist zu setzen, während welcher der Mann trotz des Widerrufs zwar nicht die alte Auflassung genehmigen, aber in eine neue Auflassung einwilligen kann [60]).

Aus dem Umstande, daß Verfügungsbeschränkungen aus verschiedenen gesetzlichen Gesichtspunkten nebeneinander herlaufen können, ergibt sich die Möglichkeit nach den einschlägigen Vorschriften zu beurteilender doppelter Schwebezustände.

Für den unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehenden Ehemann übt der Vormund oder der Pfleger nach § 1409 BGB. das Zustimmungsrecht aus. Das gilt auch für die Ehefrau als Vormund des Mannes — § 1409 S. 2 BGB. —, welche sich selbst als Vertreterin des Mannes die Zustimmung zu erteilen hat. Diese Notwendigkeit wird nicht durch Vorlegung der Bestallungsurkunde überflüssig [61]).

Hat die Ehefrau gemäß § 1418 Ziff. 3—5 BGB. die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes herbeigeführt, so ist sie wie im Falle der Gütertrennung selbständig verfügungsberechtigt.

Die Zustimmungsbedürftigkeit erleidet durch die §§ 1401, 1402, 1405, 1406 Ziff. 3 BGB. gewisse Einschränkungen:

a) Sie ist nach § 1401 BGB. nicht erforderlich, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe der Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Die Prüfung dieser Voraussetzung wird dem Grundbuchrichter obliegen, und jedenfalls wird durch Auflassung und Eintragung auch bei Fehlen der Voraussetzung der Erwerber Eigentümer, da das Gesetz hinsichtlich oberflächlichen Verfahrens auf Grund dieser Bestimmung keinen Vorbehalt macht.

b) Nach § 1402 BGB. kann die Zustimmung des Mannes auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Mann sie ohne ausreichen-

60) Kipp-Wolff § 53, I, 2 *b*, ferner Anm. 12.
61) KGJ. 22 *A*, 142.

den Grund verweigert und die Eigentumsübertragung zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich ist. Die Prüfung dieser Voraussetzungen obliegt nicht dem Grundbuch-, sondern dem Vormundschaftsrichter. Seine Entscheidung wird nach §§ 53, 60 Abs. 6, 16, 31 FGG. erst mit Rechtskraft wirksam, gibt also vorher keine geeignete Eintragungsgrundlage ab [62]). Bei nachträglichem Eintritt der Rechtskraft wird die auf Auflassung und Eintragung beruhende Eigentumsübertragung daher erst mit diesem Zeitpunkte rechtsgültig. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts wird auch bei sachlicher Unrichtigkeit wirksam.

c) Nach § 1405 BGB. ist eine ausdrückliche Zustimmung des Ehemannes zu solchen Rechtsgeschäften nicht erforderlich, die der Betrieb eines von der Frau mit Einwilligung oder mit Wissen und Willen des Mannes betriebenen Erwerbsgeschäfts mit sich bringt. Denn durch die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zum Betriebe des Geschäfts wird die zu den einzelnen Rechtsgeschäften grundsätzlich erforderliche Zustimmung ersetzt. Im Grundbuchverkehr wird man praktisch allerdings nicht ohne ausdrückliche Zustimmung auskommen, weil ohne dieselbe kaum der Nachweis zu führen sein wird, daß die Auflassung in den Rahmen des zugelassenen Erwerbsgeschäfts fällt. Außerdem ist anders auch schwer zu ermitteln, ob nicht gegen den Betrieb des Geschäfts vom Manne Einspruch erhoben oder seine Zustimmung bereits widerrufen ist. Erfolgt trotz Einspruchs und Widerrufs die Eintragung, so ist bis zu ihrer nachträglichen Genehmigung die Verfügung schwebend unwirksam und das Grundbuch falsch. Dem redlichen Erwerb stehen Einspruch oder Widerruf nur dann entgegen, wenn sie ins Güterrechtsregister eingetragen sind — §§ 1405 Abs. 3, 1435 BGB. [63]).

d) Da die Frau nach § 1406 Ziff. 3 BGB. zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber dem Manne niemals dessen Zustimmung bedarf, kommt mangels derselben bei der Auflassung eines zum Eingebrachten gehörigen Grundstücks auf den Mann ein Schwebezustand nicht in Frage. Die Zustimmung liegt eben in der Entgegennahme der Auflassung.

---

62) Predari § 19 Anm. 17.

63) Kipp-Wolff §§ 42, IV, 2; 54, III, Anm. 15.

Hinsichtlich des Erwerbs eines Grundstücks durch den Ehemann mit Mitteln des eingebrachten Gutes gilt nicht das Surrogationprinzip des § 1381 BGB., nach welchem vermutet wird, daß ein Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes auch für dessen Rechnung erfolgt, die Frau mithin Eigentümerin wird. Als Eigentümer eines mit Mitteln des Eingebrachten erworbenen Grundstücks wird daher der Mann eingetragen, wenn er nicht im Namen und in Vollmacht der Frau handelnd auftritt. Für den Fall vollmachtloser Vertretung gelten hier die bekannten Grundsätze. Man könnte annehmen, daß der Ehemann schon im Rahmen seines Verwaltungsrechts die Frau bei der Auflassung vertreten kann, wenn der Erwerb zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Indessen scheint auch dieser Beweis nicht anders als durch Vollmacht oder Genehmigung der Frau erbringlich zu sein [64]).

Die Ehefrau besitzt mit unbeschränkter Geschäftsfähigkeit auch unbeschränkte Erwerbsfähigkeit. Soweit es sich nicht um Verfügungen über eingebrachtes Gut handelt, bedarf sie daher der ehemännlichen Zustimmung auch nicht zu solchen Geschäften, die ihr nicht lediglich rechtlichen Vorteil bringen. In Anbetracht der abstrakten Natur des Erfüllungsgeschäfts ist in der Entgegennahme der Auflassung keine Aufhebung des etwaigen Forderungsrechts zu erblicken. Daher wird auch die minderjährige Ehefrau Eigentümerin durch Eintragung auf Grund selbständig erklärter Auflassung. Zustimmungsbedürftig ist lediglich die Bewirkung einer Gegenleistung aus dem eingebrachten Gut.

b) Vertragsmäßiges Güterrecht.

Das Grundbuchamt hat vor der Eintragung auf Grund ordnungsmäßiger Auflassung grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der als Berechtigter eingetragene Veräußerer ein Mann oder eine weibliche Person, ledig oder verheiratet ist, um die Verfügungsbefugnis festzustellen, falls nicht begründete Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Ehe vorliegen.

Ist aus dem Grundbuch ersichtlich oder sonst dem Grundbuchamte bekannt, daß eine als berechtigt eingetragene Person verheiratet ist, ohne daß über die güterrechtlichen Verhältnisse etwas vermerkt ist, so hat das Grundbuchamt

---

64) Predari § 19 Anm. 18.

bei den nach dem 1. I. 1900 geschlossenen Ehen von der Annahme des Bestehens gesetzlichen Güterstandes zwischen den Ehegatten auszugehen. Hat das Grundbuchamt allerdings Kenntnis von dem Bestehen eines vertraglichen Güterstandes, so ist es berechtigt, diesen Umstand zu berücksichtigen [65]). Daraus ergibt sich z. B. die Notwendigkeit für die Frau, welche als allein eingetragene Berechtigte über ein Grundstück verfügen will, den Nachweis zu erbringen, daß das Grundstück zum Vorbehaltsgut gehört. Dieser Nachweis wird nach § 34 GBO. ebenso für das Bestehen einer Gütertrennung oder eines vertragsmäßigen Güterrechts durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung des güterrechtlichen Verhältnisses im Güterrechtsregister geführt. Darüber hinaus wird durch diese Vorschrift jedoch nicht bestimmt, in welchen Fällen das Grundbuchamt den Nachweis güterrechtlicher Verhältnisse verlangen kann. Ist im Grundbuch bereits ein Güterstand eingetragen, so ist bis zum Nachweise der Unrichtigkeit die Eintragung maßgebend, weil nach § 891 BGB. vermutet wird, daß ein Recht dem Berechtigten so zusteht, wie es eingetragen ist. Durch § 34 GBO. erfolgt Befreiung von der nach § 29 GBO. erforderlichen Nachweisung durch öffentliche Urkunden (Ehevertrag). Da aber das Güterrechtsregister des öffentlichen Glaubens entbehrt, mußte ihm durch die Sonderbestimmung des § 34 GBO. Beweiskraft beigelegt werden.

Soweit das gesetzliche Güterrecht, Gütertrennung oder ein besonderer vertraglicher Güterstand nicht vorliegen, kommen für die güterrechtlichen Beziehungen von Ehegatten die vertraglichen Güterstände des BGB. in Frage, nämlich allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft. Für Verfügungen eines Ehegatten bzw. bei fortgesetzter Gütergemeinschaft des überlebenden Teils oder der Kinder über der jeweiligen Gemeinschaft unterworfene Gegenstände gelten für die Errungenschaftsgemeinschaft gemäß § 1519 Abs. 2 BGB., für die Fahrnisgemeinschaft gemäß § 1549 BGB. dieselben Vorschriften wie für die allgemeine Gütergemeinschaft. Es genügt daher, an dieser Stelle die Betrachtung von Auflassungsfällen eines allgemeiner Gütergemeinschaft unterworfenen Grundstücks.

---

65) Fuchs II, § 34 Anm. 11 *b*; KGZ. 20 *A*, 181 und dort zit. Entsch.

Mit dem Abschluß des entsprechenden bei Eingehung der Ehe oder später errichteten Ehevertrages werden die Vermögen beider Ehegatten und das während der Ehe von ihnen Erworbene ohne besondere Uebertragung der einzelnen Gegenstände durch Rechtsgeschäft insoweit gemeinschaftliches Vermögen, als nicht Veräußerungsbeschränkungen oder besondere Vereinbarungen nach Maßgabe der §§ 1438 Abs. 1 u. 2, 1439, 1440 BGB. entgegenstehen. Gehören Grundstücke zum Gesamtgut, so wird das Grundbuch bis zur Eintragung des gesamthänderisch mitberechtigten Ehegatten, die dieser nach § 1438 Abs. 3 BGB. verlangen kann, unrichtig. Auf das Berichtigungsverfahren finden die §§ 894 BGB., 22 GBO. Anwendung.

Bei der Gütergemeinschaft wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht wie beim gesetzlichen Güterstand durch die Unerheblichkeit mangelnder Kenntnis von der Eigenschaft einer als berechtigt eingetragenen Frau als Ehefrau ausgeschlossen. Vielmehr können nach § 1435 BGB. einem Dritten gegenüber Einwendungen aus der ehevertraglichen Ausschließung oder Aenderung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts dieser Umstand in das Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war. Das Gleiche gilt nach § 1435 Abs. 2 BGB. auch für die Aenderung oder Aufhebung der eingetragenen Regelung. Das oben erwähnte Recht jedes Ehegatten auf Mitwirkung des anderen an der Grundbuchberichtigung ist daher von besonderer Bedeutung für die Ehefrau, um ihre nach §§ 1444—46 BGB. erforderliche Zustimmung zu Verfügungen des Mannes über gütergemeinschaftliche Grundstücke zu sichern.

Anders als im gesetzlichen Güterstand, der im allgemeinen das Zusammenwirken beider Ehegatten bei rechtsverändernden Rechtsgeschäften hinsichtlich des eingebrachten Guts erfordert und nach außen deshalb den Stempel einer Verfügungs- und Verwaltungsgemeinschaft trägt, ist die Gütergemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft mit alleiniger Verwaltungs- und grundsätzlich alleiniger Verfügungsmacht des Mannes — § 1443 BGB.[66]).

---

66) Predari § 19 Anm. 19 u. 21.

Zur Verfügung über ein zum Gesamtgut gehöriges Grundstück jedoch und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung bedarf der Mann nach der im Verhältnis zu § 1443 BGB. eine Ausnahmebestimmung enthaltenden Vorschrift des § 1445 BGB. der Einwilligung der Frau.

§ 1447 BGB. gestattet auf Antrag des Mannes Zustimmungsersatz durch das Vormundschaftsgericht, wenn die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtguts erforderlich ist und die Frau dieselbe ohne ausreichenden Grund verweigert oder durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert und mit Aufschub Gefahr verbunden ist.

Die von dem Manne ohne Einwilligung der Frau vorgenommene Auflassung eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstückes ist nach § 1448 Abs. 1 BGB. bei entsprechender Anwendung der §§ 1396 Abs. 1 u. 3, 1397 BGB. schwebend unwirksam.

Die den §§ 108 ff. BGB. nachgebildeten für den gesetzlichen Güterstand geltenden Vorschriften über die dem Erwerber während des Schwebezustandes zustehenden Rechte erfahren jedoch durch § 1448 Abs. 2 u. 3 BGB. eine Aenderung. Die in den bisher erörterten Fällen zulässige Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung ist nämlich nicht an die zustimmungsbedürftige Ehefrau zu richten. Vielmehr ist der Mann aufzufordern, die Genehmigung der Frau zu beschaffen, die nur binnen einer zweiwöchentlichen Ausschlußfrist dem Erwerber gegenüber erfolgen kann. Die Aufforderung macht eine vorher dem Manne gegenüber erklärte Genehmigung oder deren Verweigerung unwirksam. Der Ersatzzustimmungsbeschluß des Vormundschaftsgerichts wird nach § 1448 Abs. 3 BGB. im Falle einer Aufforderung nur durch Mitteilung des Mannes an den Erwerber binnen der gleich langen Ausschlußfrist wirksam.

Das dem Erwerber gemäß §§ 1448, 1397 BGB. bis zur Genehmigung zustehende Widerrufsrecht kann jedem der beiden Ehegatten gegenüber ausgeübt werden. Es ist ausgeschlossen, wenn dem Erwerber bekannt war, daß die Ehegatten in Gütergemeinschaft lebten, es sei denn, daß der Mann der Wahrheit zuwider die Einwilligung der Frau behauptet hat und dem Erwerber das Fehlen der Einwilligung bei Vornahme der Auflassung nicht bekannt war.

Selbstverständlich fällt die Wiederaufhebung der Auflassung durch Vereinbarung mit dem anderen Teil während des Schwebezustandes in den Rahmen des ehemännlichen

Verwaltungsrechts. Denn dadurch wird nicht ein wie z. B. die Aufhebung durch eine beschränkt geschäftsfähige Person zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft vorgenommen.

Neben der Genehmigung bzw. deren Verweigerung kann die Beseitigung des Schwebezustandes auch durch Konvaleszenz gemäß § 185 Abs. 2 BGB. erfolgen, nämlich dann, wenn der Ehemann das Grundstück zu seinem Vorbehaltsgut erwirbt[67]), oder wenn er von seiner Frau beerbt wird und diese für die Nachlaßschulden unbeschränkt haftet[68]).

Analog wird § 185 BGB. auch für die Verpflichtungsgeschäfte des Mannes gelten müssen. Das würde für den Verkauf eines Gesamtgutgrundstücks, welches vor dem Widerruf des Käufers oder der Genehmigungsverweigerung der Frau Vorbehaltsgut des Mannes wird, das Wirksamwerden des Verkaufs zur Folge haben[69]).

Steht der Mann unter Vormundschaft, so wird er gemäß § 1457 BGB. in den sich aus seinem Verwaltungsrecht ergebenden Rechten und Pflichten vom Vormund vertreten, der zu Verfügung über Gesamtgutsgrundstücke demgemäß auch der Zustimmung der Ehefrau bedarf. Verfügt die Frau als Vormund — § 1457 S. 2 BGB. —, so hat sie sich selbst die Zustimmung zu erteilen, die dem Grundbuchamt durch das Auflassungsprotokoll oder in der Form des § 29 GBO. nachzuweisen ist.

Grundstückserwerb für das Gesamtgut durch den Mann erfolgt ohne Zustimmung der Ehefrau.

Verfügungen der Ehefrau über gütergemeinschaftliche Grundstücke sind, da die Frau von dem Verwaltungsrecht und jeder Verfügungsgewalt ausgeschlossen ist, wie Verfügungen von Nichtberechtigten zu behandeln und können demgemäß konvaleszieren.

Ausnahmen von dieser Regel gelten in den drei den §§ 1401, 1402 und 1405 BGB. des gesetzlichen Güterstandes nachgebildeten Fällen der §§ 1450—1452 BGB.

a) Im eigenen oder im Namen des Mannes kann die Frau auflassen, wenn dieser durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert und Gefahr mit dem Aufschub verbunden ist — § 1450 BGB.

---

67) Vorbehaltsgut des Mannes ist bei Errungenschaftsgemeinschaft nach § 1526 Abs. 2 BGB., bei Fahrnisgemeinschaft nach § 1555 BGB. ausgeschlossen.

68) Kipp-Wolff § 62 Anm. 20.

69) Kipp-Wolff a. a. O., zustimmend v. Tuhr II, 2 S. 164 Anm. 76.

b) Die ohne ausreichenden Grund vom Manne verweigerte Zustimmung kann auf Antrag der Frau durch vormundschaftsgerichtlichen Beschluß ersetzt werden, wenn ein Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich ist — § 1451 BGB. Der Begriff der persönlichen Angelegenheiten ist sehr eng zu fassen und nur auf regelmäßige und angemessene Geschäfte der Frau zu beziehen. Daher sind Eigentumsübertragungen an Grundstücken keinesfalls hierher zu rechnen.

c) Betreibt die Frau ein Erwerbsgeschäft, so gelten die beim gesetzlichen Güterstand zu § 1405 BGB. erörterten Grundsätze auch hinsichtlich des ehemännlichen Einspruchs und Widerrufs — § 1452 BGB.

Ein rechtsgeschäftlicher Grundstückserwerb durch die Ehefrau während des Bestehens des Ehevertrages erfolgt kraft Gesetzes nach §§ 1438 Abs. 1, 1519, 1549 BGB. zugunsten des Gesamtguts, ohne daß es einer besonderen Uebertragung des Rechtsgeschäfts bedarf. Jeder Ehegatte kann gemäß §§ 1438 Abs. 3, 1519, 1549 BGB. von dem anderen die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuches verlangen.

5. Verfügungsbeschränkungen des Vorerben.

Die Möglichkeiten unmittelbar auf dem Bürgerlichen Gesetzbuch beruhender Schwebezustände bei der Auflassung finden im Erbrecht in den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben ihren Schlußstein.

Anders als in den bisher dargestellten Fällen entwickelt sich die Pendenz nicht in der Weise, daß mit der Vornahme der ohne Zustimmung des Nacherben erfolgten Verfügung dieselbe schwebend unwirksam ist, sondern vielmehr beschränkt wirksam ist, und daß die Beschränkung fortfällt mit der Genehmigung des Nacherben, dem Wegfall des Nacherbrechts oder, was im Ergebnis dasselbe ist, dem Nichteintritt des Nacherbfalls.

Denn der Vorerbe wird mit dem Eintritt des Vorerbfalls als Universalsukzessor des Erblassers Eigentümer der Nachlaßgegenstände und verfügungsberechtigt — § 2112 BGB., jedoch in gewisser Hinsicht beschränkt und dinglich gebunden durch das Anwartschaftsrecht des Nacherben. Zu dieser Beschränkung gehört die Bestimmung des § 2113 BGB. Danach ist die Verfügung des Vorerben über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück, welche ohne Zustimmung des Nacherben vorgenommen wird — § 2120 BGB. —, im Falle

des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben in rechtlicher, nicht in wirtschaftlicher Beziehung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Demnach ist eine Verfügung des Vorerben über ein Nachlaßgrundstück bis zum Eintritt des Nacherbfalls auch dem Nacherben gegenüber voll wirksam und bleibt es auch im Falle des Nichteintritts.

Mit dem Eintritt des Nacherbfalls kann die Unwirksamkeit insoweit geltend gemacht werden, als das Recht des Nacherben durch die Eigentumsübertragung beeinträchtigt ist. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit steht nicht nur dem Nacherben zu, sondern jedem rechtlich Interessierten, z. B. einem Hypothekengläubiger [70]). Die Geltendmachung wird indessen regelmäßig von dem Nacherben ausgehen, der auf Grund seines durch Nacherbfolge erworbenen Eigentums die Herausgabe des Grundstücks bzw. gemäß § 894 BGB. die Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuches verlangen kann. Die Unwirksamkeit tritt nicht erst mit der Geltendmachung, sondern bereits mit dem Nacherbfall ein, da es sich in § 2113 BGB. nicht um den Schutz einer bestimmten Person im Sinne des § 135 BGB., sondern um die dingliche Gebundenheit des Rechts des Vorerben — §§ 161 Abs. 2, 163 BGB. — handelt, so daß es nicht erst einer besonderen Geltendmachung zur Erzeugung der beabsichtigten Rechtswirkung bedarf.

In welchen Fällen das Recht des Nacherben beeinträchtigt ist, mag zweifelhaft sein. Eine Beeinträchtigung liegt immer dann vor, wenn das Recht an dem Grundstück gemindert oder belastet wird und zwar ohne Rücksicht auf zulängliche oder unzulängliche Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit.

Liegt eine Verpflichtung des Erblassers zur Verfügung vor oder ist sie durch Vermächtnis oder Auflage angeordnet, so kann entweder angenommen werden, daß ihre Vornahme das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigt, daher vom Vorerben mit unbeschränkter Wirksamkeit getroffen werden kann, oder aber, daß sie zwar das Recht des Nacherben beeinträchtigt, jedoch zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, der Vorerbe mithin gemäß § 2120 BGB. die Zustimmung des Nacherben verlangen kann.

Da das Recht des Vorerben durch die Verfügung auch dann beeinträchtigt wird, wenn die Befreiung von einer

---

70) Planck zu § 2113.

Verbindlichkeit eintritt, zu deren Erfüllung er verpflichtet sein würde, so erscheint die zweite Ansicht die richtigere. Denn es kommt für die exakte Beurteilung nicht auf die Berücksichtigung der wirtschaftlichen, sondern der rechtlichen Gesichtspunkte an.

Eine Verpflichtung des Nacherben zur Zustimmung besteht gemäß § 2120 BGB. nur dem Nacherben, nach dem Wortlaut des Gesetzes dagegen nicht dem Gläubiger gegenüber. Es scheint auch kein Bedürfnis für die gelegentlich vertretene Ansicht[71]) zu bestehen, daß auch der Gläubiger die Zustimmung verlangen kann, da anderenfalls ein Erblasser durch Anordnung einer Nacherbfolge die volle Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hinausschieben könne. Denn der Erfüllungsanspruch des Gläubigers gegen den Vorerben ist naturgemäß auf unbeschränkt wirksame Leistung gerichtet, der Vorerbe daher auch verpflichtet, dem Gläubiger die Zustimmung des Nacherben zu verschaffen oder diesem den Zustimmungsanspruch abzutreten. Im Streitfalle über das Bestehen der Verpflichtung wirkt die Vollstreckung eines gegen den Vorerben erzielten Urteils gemäß § 2115 S. 2 BGB. ohne weiteres auch gegen den Nacherben und macht daher seine Zustimmung entbehrlich. Ist die Verpflichtung bei Eintritt des Nacherbfalls noch nicht erfüllt, so geht sie mit Annahme der Nacherbschaft auf den Nacherben über und kann gegen diesen mit Erfolg geltend gemacht werden. Da also wohl eine rechtliche Beeinträchtigung des Rechts am Grundstück, nicht aber eine wirtschaftliche hinsichtlich seiner Vermögenslage durch die Erfüllung des Vorerben herbeigeführt ist, erscheint es praktisch, sich nicht auf den formaljuristischen, sondern auf den zweckmäßigen Standpunkt zu stellen, unter den bezeichneten Voraussetzungen eine Verfügung ohne Zustimmung des Nacherben für zulässig zu halten.

Es mag beiläufig bemerkt werden, daß in der Anordnung eines Vermächtnisses unter Umständen die Befreiung des Vorerben von dem Zustimmungserfordernis gemäß § 2136 BGB. gefunden werden kann.

Aus allem Vorstehenden ergibt sich, daß die ohne Zustimmung des Nacherben vorgenommene Verfügung des Vorerben über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück nicht den typischen Fall des Schwebezustandes darstellt, denn die Verfügung ist von vorneherein beschränkt wirksam und wird mit Erteilung der Zustimmung unbeschränkt wirksam, so daß sich

---

71) Vgl. z. B. Kipp-Wolff § 93, IV, 1 Anm. 19.

nicht die Wirksamkeit, sondern nur die unbeschränkte Wirksamkeit in einem Zustande aufschiebend bedingter Schwebe befindet. Andererseits befindet sich die beschränkte Wirksamkeit für den Fall der Nichterteilung der Zustimmung im Zustande durch den Eintritt des Nacherbfalls auflösend bedingter Schwebe, wobei der Eintritt der Bedingung nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung zurückwirkt.

Die Zustimmung des Nacherben ist eine solche im Sinne des § 185 BGB.[72]), untersteht daher auch dem § 182 BGB. und kann mithin sowohl dem Vorerben als auch dem Nacherben gegenüber erteilt werden[73]). Wie bereits erwähnt, ist der Nacherbe gemäß § 2120 BGB. dem Vorerben gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet, wenn die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich ist. Sie ist in diesem Falle auf Verlangen des Vorerben in öffentlich beglaubigter Form zu erteilen, wobei die Kosten der Beglaubigung dem Vorerben zur Last fallen. Dieser Fall ist der einzige, in welchem die unbeschränkte Wirksamkeit der Verfügung vom Verfügenden selbst oder, falls er seinen Anspruch mit dem Grundstück an den Erwerber abgetreten hat, auch von diesem, evtl. auf gerichtlichem Wege, herbeigeführt werden kann.

Von vornherein unbeschränkt wirksam ist die Verfügung dann, wenn das Recht des Nacherben im Grundbuch nicht eingetragen ist und der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuches nicht kennt, da gemäß § 2113 Abs. 3 BGB. die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Die Gutgläubigkeit des Erwerbers wird indessen regelmäßig deswegen ausgeschlossen sein, weil gemäß § 52 GBO. gleichzeitig mit der Eintragung des Vorerben von

---

72) Vgl. RGZ. 110, 94 ff.: „Allerdings ist die Verfügung des Vorerben zunächst wirksam. Aber sie wird unwirksam, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt. Es handelt sich also um eine bedingt unwirksame Verfügung (vgl. Warn. 1914 Nr. 126), und es ist nicht abzusehen, weshalb diese nicht in dem Falle des § 185 Abs. 2 BGB. endgültig Bestand gewinnen sollte, wenn sogar von vornherein ganz unwirksame Verfügungen nach dieser Vorschrift wirksam werden. Erst recht ist dies unbedenklich, wenn wie hier die Verfügung durch Eintritt des Nacherbfalls in demselben Augenblick endgültig unwirksam wird, in dem die Beerbung eintritt."

73) Kipp-Wolff § 93, IV, 7 Anm. 28; a. M. KG. OLG. Rechtspr. 14, 132 ff.

Amts wegen auch das Recht des Nacherben eingetragen werden muß. Die Eintragung des mit dem Erbfall Eigentümer gewordenen Vorerben hat aber nach § 40 GBO. zu erfolgen, bevor ein Dritterwerber das Eigentum durch Rechtsgeschäft erwirbt. Da zur Voreintragung gemäß § 40 GBO. Vorlage der letztwilligen Verfügung oder eines Erbscheins benötigt wird, ist eine Verletzung des Nacherbrechts ohne Verstoß gegen die angeführte Ordnungsvorschrift ausgeschlossen.

Von dem Gesagten abweichende Besonderheiten gelten für die sog. befreite Vorerbschaft, nämlich dann, wenn der Vorerbe durch letztwillige Verfügung des Erblassers gemäß § 2136 BGB. von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB. befreit ist oder gemäß § 2137 Abs. 1 und 2 BGB. der Nacherbe auf dasjenige eingesetzt ist, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird, bzw. der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll.

Von allen erdenklichen Befreiungen ausgeschlossen sind unentgeltliche oder zum Zweck der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens vorgenommene Verfügungen aus dem Nachlaß gemäß § 2113 Abs. 2 BGB. Sie bedürfen daher zur unbeschränkten Wirksamkeit immer der Zustimmung des Nacherben, es sei denn, daß durch sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, Fälle, welche für Grundstücksveräußerungen regelmäßig nicht in Betracht kommen werden.

Für unter Verletzung des § 2113 Abs. 2 BGB. vom Vererber getroffene Verfügungen ist dieser dem Nacherben gemäß § 2138 Abs. 2 BGB. schadensersatzpflichtig. Der Schadensersatzanspruch besteht neben der Unwirksamkeit der Verfügung. Im Falle der Gutgläubigkeit des Erwerbers erlangt der Nacherbe mit Eintritt des Nacherbfalls anstelle des dinglichen Eigentumsanspruchs einen obligatorischen Herausgabeanspruch gemäß § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs und Abtretung des dinglichen oder obligatorischen Anspruchs gegen den Erwerber stehen diesen Ansprüchen natürlich Einwendungen aus den zwischen Erwerber und Vorerben bestehenden Rechtsverhältnis entgegen.

Verfügungen des befreiten Vorerben über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück dürfen in das Grundbuch nur

beim Vorliegen einer der folgenden Voraussetzungen eingetragen werden[74]):

1. Die Verfügung beschränkt sich ihrem Inhalte nach auf die Zeit der Vorerbschaft. Das ist bei Eigentumsübertragung ausgeschlossen, da die Auflassung unter auflösender Bedingung gemäß § 925 Abs. 2 BGB. unwirksam wäre.

2. Die Zustimmung des Nacherben wird beigebracht, so daß auch eine eventuelle Unentgeltlichkeit der Verfügung ihre Wirksamkeit nicht in Frage stellen kann; das Recht des Nacherben ist zu löschen.

3. Die Entgeltlichkeit der Verfügung wird bewiesen oder ist dem Grundbuchamt offenkundig (§ 29 GBO.); das Recht des Nacherben ist zu löschen[75]).

4. Das Recht des Nacherben und die Befreiung des Vorerben werden, falls nicht bereits geschehen, zuvor in das Grundbuch eingetragen (§ 52 GBO.)[76]), denn ein Nachteil kann dem Nacherben nicht mehr erwachsen, weil der Erwerber der beschränkten Verfügungswirkung nicht mehr seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts entgegenhalten kann[77]).

Im Falle der Entgeltlichkeit der Verfügung wird diese auch bei Nichtbeachtung der genannten Punkte mit der Eintragung sofort unbeschränkt wirksam, das Grundbuch hinsichtlich einer etwa vorhandenen Eintragung des Nacherbrechts unrichtig. Im Falle der Unentgeltlichkeit tritt die unbeschränkte Wirksamkeit nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers sofort ein, anderenfalls erst mit der nachfolgenden Zustimmung des Nacherben. Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse ist das Grundbuch bei Eintragung eines unredlichen Erwerbers nur richtig bis zum Eintritt des Nacherbfalls, mit welchem es unrichtig wird. Durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten ist daher das Recht eines Nacherben gefährdet.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2222 BGB. kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker zu dem Zwecke ernennen, daß dieser bis zu dem Eintritt einer ange-

---

74) Zum Folgenden Kipp § 95, V.

75) KG. OLG. Rechtspr. 24, 87 ff.; Bayr. Ob. LG. OLG. Rechtspr. 26, 322 ff.; a. M. Bayr. Ob. LG. OLG. Rechtspr. 24, 85 ff.

76) RGZ. 61, 228, insbes. 234.

77) Vgl. hierzu Judikatur zit. bei Kipp a. a. O. Anm. 9.

ordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt. Ist demnach ein Testamentsvollstrecker zu dem bezeichneten Zwecke bestellt worden, so tritt in den Fällen der Zustimmungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften des Vorerben seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Nacherben, der durch den Testamentsvollstrecker von der Verfügung über sein Zustimmungsrecht ausgeschlossen wird.

Zweifelhaft und bestritten ist die Frage, ob auch ein Vorerbe zum Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2222 BGB. bestellt werden kann.

In der Wissenschaft wird die Möglichkeit dieser Doppelstellung bejaht[78]) und zur Begründung ausgeführt: nach dem Gesetz sei die Eigenschaft eines Miterben als Testamentsvollstrecker nicht ausgeschlossen, der dann die übrigen Miterben beschränke, selbständige Verfügungen zu treffen und, obgleich er selbst Auseinandersetzungspartei sei, die Erbauseinandersetzung vollziehen könne. Es sei daher auch der Vorerbe als Testamentsvollstrecker zur Vertretung des Nacherben zuzulassen, der dann allerdings, wenn er auch als Vorerbe gemäß §§ 2136 ff. BGB. weitgehend und zwar auch von der Haftung für Verschulden befreit sei, in Ausübung seines Amtes als Testamentsvollstrecker gemäß § 2219 BGB. jedes Verschulden zu vertreten habe[79]). Praktisch würde diese Auffassung bedeuten, daß der Vorerbe, welcher zugleich zur Vertretung des Nacherben berufener Testamentsvollstrecker ist, sich selbst im Sinne des § 181 BGB. nach dem Willen des Erblassers die erforderlichen Zustimmungen erteilen kann. Diese Zustimmung wäre im Grundstücksverkehr nicht schon in der Vornahme des Rechtsgeschäfts zu erblicken, müßte vielmehr unter Beobachtung der grundbuchlichen Formvorschriften ausdrücklich zur Ergänzung der Auflassungserklärung erteilt werden.

Demgegenüber verdient jedoch die von der Rechtsprechung, soweit bekannt, durchgehend vertretene Auffassung den Vorzug, daß eine letztwillige Verfügung unwirksam ist, durch welche ein Erblasser seinen Vorerben zum Testamentsvollstrecker insbesondere auch zu dem Zwecke ernennt, daß der Vorerbe bis zum Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen

---

78) Vgl. Kipp §§ 95, VII, 126, II, Literat. ebenda.

79) Vgl. Kipp a. a. O.

Pflichten erfüllt[80]). Es sei sinnlos, daß der Vorerbe als nur durch §§ 2112 ff. BGB. beschränkter Herr des Nachlasses sich in den Grenzen seiner Verfügungsmacht als Testamentsvollstrecker selbst beschränken solle, andererseits die ihm als Vorerben gezogenen Schranken zum Nachteil des Nacherben nicht überschreiten dürfe und zwar schon deshalb nicht, weil sowohl der Vorerbe (§ 2120 BGB.) wie der Testamentsvollstrecker (§ 2216 BGB.) zur ordnungsmäßigen, d. h. zu einer die Rechte des Nacherben berücksichtigenden Verwaltung verpflichtet sei. Vollends der zum Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2222 BGB. zugleich zur Wahrung der Rechte des Nacherben berufene Vorerbe sei in einen so schroffen Interessenkonflikt versetzt, daß eine Unbefangenheit des Amtsträgers voraussetzende gedeihliche Führung des Amtes (§ 2202 BGB.) ausgeschlossen erscheine. Es komme hinzu, daß der Nacherbe gemäß § 2211 BGB. durch den Testamentsvollstrecker von der eigenen Wahrnehmung seiner Rechte völlig ausgeschlossen sei. Wenn schon das Gesetz in § 2136 BGB. der Befreiung des Vorerben bestimmte Grenzen gezogen habe, sei es nicht angängig, ihn durch Bestellung zum Testamentsvollstrecker tatsächlich dieser Beschränkung zu entheben. Eine Ermächtigung durch den Erblasser, sich gemäß § 181 BGB. die jeweils erforderlichen Zustimmungen selbst zu erteilen, sei daher unzulässig. —

6. Sondergesetzliche Beschränkungen eines Auflassungsbeteiligten.

Die Möglichkeit suspensiver Schwebezustände bei der Auflassung ergibt sich nicht nur aus den bisher behandelten Bestimmungen des BGB., sondern auch aus einigen vom Reich und auf Grund des EG. BGB. von den Ländern erlassenen Sondergesetzen, in welchen die Wirksamkeit der Auflassung von der Mitwirkung einer Behörde abhängig gemacht ist.

Die Mitwirkung einer Behörde besteht regelmäßig in der Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, welche keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung im Sinne der §§ 182 ff. BGB., sondern ein staatlicher Hoheitsakt ist. Die Erteilung der behördlichen Genehmigung ist condicio iuris für die Wirksamkeit des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts, welches bei

80) Vgl. RGZ. 77, 177; ebenso KGJ. 38 A, 129 ff.; OLG. Rechtspr. 40, 136.

vorläufigem Mangel bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung schwebend unwirksam ist.

Der Grund zur gesetzlichen Anordnung einer behördlichen Mitwirkung an Grundstücksverkehrsgeschäften liegt im Interesse des Staates an gewisser Einflußnahme auf die Eigentumsverhältnisse am Grund und Boden im Staatsgebiet. Die Wahrnehmung dieses Interesses ist im allgemeinen, von der unter a) dieses Abschnittes behandelten Ausnahme abgesehen, den Ländern vorbehalten.

Der Geltendmachung des bezeichneten Interesses dienen vorzüglich zwei Maßnahmen, nämlich einerseits die Beschränkung der Veräußerungsbefugnis des Berechtigten, andererseits die Beschränkung der Erwerbsbefugnis bestimmter Rechtspersonenkreise durch das Erfordernis staatlicher Genehmigung.

a) Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. 3. 1918.

Die neuere Reichsgesetzgebung hat durch die Bundesratsverordnung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. 3. 1918[81]) „für die Auflassung eines Grundstücks . . . sowie jede Vereinbarung, welche . . . die Verpflichtung zur Uebereignung eines Grundstücks zum Gegenstand hat", zu ihrer Wirksamkeit das Erfordernis der Genehmigung der zuständigen Behörde[82]), welche auch unter Auflagen erteilt werden kann, aufgestellt, wenn das Grundstück über 5 ha groß ist[83]) — vgl. § 1 lg. cit. Ausgenommen

81) RGBl. S. 123; vgl. Meckl. Ausführungsbestimmungen v. 3. 4. 1918 (RBl. S. 485) und vom 12. 11. 1921 (RBl. S. 986).

82) Die Zuständigkeit ist durch die Ausführungsbestimmungen der Länder im einzelnen und unterschiedlich geregelt, (in Preußen der Landrat in Land-, der Bürgermeister in Stadtkreisen — Pr. JMBl. S. 69, in Meckl.-Schwerin Bekanntmachung v. 12. 11. 1921 RBl. 1921 S. 986, II).

83) Grundstück ist im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen — RJMBl. S. 71; gemeint sind alle landwirtschaftlichen Grundstücke: vgl. Staudinger, Ges. Nachtr. zu III, § 925 Z. 330 zu g, ebenso Predari in Gruchot Beitr. 62 S. 437. — Für Ausdehnung auf städtische Grundstücke: Stillschweig JW. 1922 S. 491. — Von der im § 9 verliehenen Befugnis weitergehender landesrechtlicher Bestimmungen hat Mecklenburg-Schwerin Gebrauch gemacht, indem nach I der Bekm. v. 12. 11. 1921 den Bestimmungen der VO. alle Grundstücke von über 1 Hektar Größe unterliegen.

von der Genehmigungspflicht sind die in § 2 aufgezählten unbedenklichen Rechtsgeschäfte. Aus dieser Bestimmung und dem § 3, in welchem die ausschließlichen Voraussetzungen aufgeführt sind, unter welchen die Genehmigung versagt werden darf, ferner aus § 6 ergibt sich der Sinn der Verordnung. Sie bezweckt zum Schutze der Volksernährung [84]) die Verhinderung der Spekulation mit Grund und Boden und den Erwerb durch land- und berufsfremde Elemente. Die Beschränkung der Veräußerung und Erwerbsbefugnis gereicht daher nicht wie in den unter b) und c) dieses Abschnittes zu erörternden Fällen nur zum Nachteil bestimmter Personen und Personenkreise, sondern knüpft allgemein jede wirksame Eigentumsänderung an landwirtschaftlichen Grundstücken an die Voraussetzung behördlicher Genehmigung.

Genehmigungsbedürftig ist nach dem zitierten Wortlaut des Gesetzes sowohl das Verpflichtungsgeschäft wie die Auflassung. Erfolgt die Auflassung mit Genehmigung, so erfolgt die Rechtsänderung durch hinzutretende Eintragung natürlich auch dann, wenn das Kaufgeschäft nicht genehmigt ist. Sind Verpflichtungsgeschäft und Auflassung in einer Urkunde protokolliert, so ist die Genehmigung im allgemeinen auf beide Geschäfte zu beziehen, im Zweifel jedoch nur auf das Verpflichtungsgeschäft. Diese Auslegung kann von Bedeutung sein, wenn das Kaufgeschäft wegen Simulation nichtig ist. In diesem Falle würde eine wirksame Genehmigung überhaupt nicht vorliegen [85]). Die Wirksamkeit der Auflassung wird im übrigen jedoch nicht durch Nichtigkeit des Kaufgeschäfts beeinflußt [86]).

Die Genehmigung zu dem Verpflichtungsgeschäft kann von jeder Partei nachgesucht werden [87]). Gegen die Verweigerung der Genehmigung oder ihre Erteilung unter Auflagen ist nach § 5 binnen zwei Wochen die Beschwerde zulässig [88]). Falls die Genehmigung nicht versagt, sondern eine unwirksame Genehmigung erteilt oder der ablehnende Bescheid nicht rechtskräftig geworden ist, kann ein neuer Genehmigungsantrag gestellt [89]) und auf Grund des Vertrages die Mitwirkung jeder Partei erzwungen werden [90]).

84) Vgl. die Begründung im RJMBl.
85) JW. 1925 S. 2236.
86) RGZ. 108, 331; zu 1 u. 2 vgl. Asch S. 32.
87) RGZ. 102, 3.
88) Wegen der zuständigen Beschwerdeinstanz vgl. f. Meckl.-Schw. Bekm. v. 12. 11. 1921.
89) RGZ. 102, 6.
90) Asch S. 31 u.

§ 7 lg. cit. bedroht denjenigen mit Strafe, der ohne die erforderliche Genehmigung ein Grundstück auflässt oder sich auflassen lässt. Das Kammergericht[91]) hat ursprünglich aus dieser Bestimmung gefolgert, daß die Verletzung des § 7 als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot die ohne Genehmigung erfolgte Auflassung gemäß § 134 BGB. nichtig mache. Dagegen könne die nach der Auflassung erteilte Genehmigung das obligatorische Grundgeschäft wirksam machen, da es hier an dem Verbot durch Strafandrohung fehle. Wenn diese Auffassung richtig wäre, müßten unpraktischerweise Auflassung und Eintragung ohne vorherige Genehmigung, um zu wirksamer Rechtsänderung zu führen, auf Grund nachträglicher Erteilung wiederholt werden. Ein Schwebezustand würde dann also nicht bestehen[92]).

Das richtige Ergebnis wird anderenorts mit der allerdings unzutreffenden Begründung erzielt, daß das Gesetz mit Absicht von Genehmigung anstatt von Einwilligung oder Zustimmung spräche, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß eine nachträgliche Genehmigung möglich sei. Diese Ansicht beruht jedoch auf einer Verkennung des Unterschiedes zwischen der rechtsgeschäftlichen Zustimmung mit der in §§ 181 ff. BGB. niedergelegten terminologischen Unterscheidung der vorherigen von der nachträglichen Zustimmung und der Zustimmung als staatlichem Hoheitsakt, für welche auch das BGB. z. B. im § 1821 auf eine ähnliche Unterscheidung verzichtet und ganz allgemein von Genehmigung spricht[93]). Wollte man eine absichtliche Vermeidung des Ausdrucks Zustimmung annehmen, dann müßte ja auch eine vorherige Zustimmung ausgeschlossen sein. Das wäre aber völlig abwegig und würde dem Sinne des Gesetzes, insbesondere des § 7, zuwiderlaufen.

Daß eine der Auflassung nachfolgende Genehmigung tatsächlich zulässig und die Auflassung bis zu ihrer Erteilung schwebend unwirksam ist, ergibt sich mit eindeutiger Klarheit aus § 4 leg. cit. Danach kann, wenn im Grundbuch auf Grund eines nicht genehmigten Rechtsgeschäfts eine Rechtsänderung eingetragen ist, die zuständige Behörde,

---

91) KG. I. Ziv.-Sen. Beschl. v. 14. 11. 1918 in JW. S. 50 bis 51; ebenso Skalweit JW. 19 S. 494/95, der ebenso wie das KG. a. a. O. nur den obligatorischen Vertrag für nachträglich genehmigungsfähig erachtet.

92) z. B. Müller JW. 1919 S. 96.

93) Ebenso Stillschweig, der aber auf dem Erfordernis vorheriger Genehmigung besteht.

falls nach ihrem Ermessen die Genehmigung erforderlich war, das Grundbuchamt um die Eintragung eines Widerspruchs ersucht werden. Daß mit dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft nur das dingliche gemeint sein kann, ist deswegen selbstverständlich, weil eine Eintragung nur „auf Grund" dinglicher, nicht aber obligatorischer Rechtsgeschäfte vorgenommen wird. — Neben dem § 4 leg. cit. bleibt § 54 Abs. 1 GBO. unberührt, d. h. daß von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen ist, wenn sich ergibt, daß das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Kann auch daraus noch nicht die Zulässigkeit nachträglicher Genehmigung gefolgert werden, so bestimmt doch § 2 leg. cit. ausdrücklich, daß ein nach § 1 Abs. 1 eingetragener Widerspruch zu löschen ist, wenn die zuständige Behörde darum ersucht, z. B. wenn auf Vorstellung einer oder beider Parteien oder nach eigener Ueberlegung der Behörde ein Meinungswechsel über die Erforderlichkeit der Genehmigung eingetreten ist, *oder* wenn die Genehmigung erteilt ist, damit also das solange schwebend unwirksame Rechtsänderungsgeschäft volle Wirksamkeit erlangt hat. Daß auch ein von Amts wegen gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 GBO. eingetragener Widerspruch nach Erteilung der Genehmigung auch von Amts wegen zu löschen ist, muß ohne weiteres daraus geschlossen werden, daß nach erteilter Genehmigung das Grundbuch durch die ursprüngliche Eintragung nicht mehr unrichtig ist, die nunmehr bestehende Unrichtigkeit vielmehr gerade auf dem eingetragenen Widerspruch beruht.

Demnach ist die Auflassung ohne Genehmigung für schwebefähig zu erachten, eine auch vom Reichsgericht wiederholt geteilte Auffassung.

Für die Annahme, daß die nachträgliche Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Auflassung *zurückwirkt*, besteht kein ersichtlicher Grund. Es ist daher davon auszugehen, daß die Auflassung erst ex nunc mit Erteilung der Genehmigung wirksam wird, was bei bereits vorliegender Eintragung das gleichzeitige Wirksamwerden des Eigentumsübergangs bedeutet.

Zwischen der nach der VO. v. 15. 3. 1918 erforderlichen behördlichen Genehmigung und der behördlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Auflassungserklärungen des Vormundes besteht insofern ein Unterschied, als die erstere lediglich als Schranke gegen die Wirksamkeit an sich

gültiger, wirtschaftsgefährdender Grundstücksgeschäfte errichtet ist, während die letztere einen Mangel in der rechtlichen Stellung eines Beteiligten auszugleichen hat. Wenn daher wegen ihrer ähnlichen Bedeutung die Vorschriften über die Rückwirkung der rechtsgeschäftlichen Genehmigung auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entsprechend angewandt werden mögen, so ist ein gleichartiger Grund für die zur Auflassung landwirtschaftlicher Grundstücke erforderliche behördliche Genehmigung nicht erkennbar.

Es ergibt sich aus dem Wesen des Vertrages und ist auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannt [94]), daß die Parteien bis zur Genehmigung bzw. bis zur Versagung der Genehmigung an das Verpflichtungsgeschäft gebunden sind. Dieser vom Reichsgericht bereits früher [95]) bei ähnlicher Rechtslage aufgestellte Grundsatz erscheint schon deswegen geboten, weil klare Verhältnisse im Liegenschaftsverkehr im öffentlichen Interesse liegen und auch der konsenserteilenden Behörde nicht zuzumuten ist, das Fortbestehen des Vertrages im Augenblick der Entscheidung einer besonderen Prüfung zu unterziehen [96]).

An die Auflassung sind die Parteien *während der Schwebezeit* d. h. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Genehmigung nach § 873 Abs. 2 BGB. grundsätzlich *gebunden* [97]). Die Unzulässigkeit einseitigen Widerrufs schließt selbstverständlich die vereinbarungsmäßige Wiederaufhebung der Auflassung nicht aus.

Man wird jedoch zugeben müssen, daß dann, wenn das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft formungültig ist, und der Geltendmachung des Formmangels die Einrede der Arglist nicht entgegensteht, sowie dann, wenn der Kaufvertrag nichtig, der Genehmigungsantrag noch nicht ordnungsmäßig gestellt oder die erteilte Genehmigung unwirksam ist, das Geschäft daher von selbst nicht wirksam werden und der Käufer dem Verkäufer nicht zur Mitwirkung bei Stellung des Genehmigungsantrags zwingen kann, auch eine weitere Bindung des Veräußerers aufhören muß. In den gedachten Fällen ist der Veräußerer daher für zum Widerrufe berechtigt zu halten [98]).

---

94) RGZ. 102, 3; 103, 106; 106, 323.
95) Vgl. z. B. RGZ. 40, 235 ff.
96) *Skalweit* JW. 1919 S. 494 u.
97) RGZ. 108, 331.
98) Vgl. *Asch* § 8 a. E.

Ist der Veräußerer unter den bezeichneten Voraussetzungen zum Widerrufe berechtigt und hat er den Widerruf erklärt, so wird dadurch die Auflassung endgültig unwirksam. Die Rechtslage ist nicht anders, als wenn eine grundbuchmäßige Erklärung in beglaubigter Form abgegeben, aber vom Erklärenden widerrufen ist, bevor sie dem anderen Teil ausgehändigt oder beim Grundbuchamt eingereicht ist. Der Veräußerer hat ein Rechtsschutzinteresse an der ausdrücklichen Feststellung der Unwirksamkeit, um eine endgültige Klärung herbeizuführen. Zur Vermeidung der auch bei Feststellung der Unwirksamkeit fortbestehenden Unsicherheit, daß durch die Entwicklung der Rechtsprechung, der Gesetzgebung oder die veränderte Verwaltungspraxis der zuständigen Behörde der Erwerber auch ohne Mitwirkung des Veräußerers das Eigentum erwirbt, empfiehlt sich eine dahingehende Feststellung, daß der Widerruf zu Recht erfolgt ist[99]).

Ist der Veräußerer an die Auflassung nicht gebunden und eine Eintragung der Rechtsänderung trotz mangelnder Genehmigung bereits erfolgt, so kann er im Klagewege die Berichtigung des Grundbuches verlangen. Zur Sicherung dieses Anspruchs dient die einstweilige Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs zugunsten des Veräußerers, dem gegenüber der Erwerber eine Frist zur Erhebung der Klage setzen oder Widerspruch erheben kann. —

Wegen seines der im Vorstehenden behandelten Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken ähnlichen Inhalts, seiner zeitweise weittragenden Bedeutung und seiner in Wissenschaft und Praxis vielumstrittenen Auslegung sei an dieser Stelle aus dem Kreise der Landesgesetze das preußische Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken vom 10. 2. 1923[100]), das sog. „Bodensperrgesetz" erwähnt, das inzwischen durch Gesetz vom 20. 7. 1925 für die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes neu abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wieder aufgehoben ist[101]). Das Bodensperrgesetz, das sich auf die nicht landwirtschaftlichen Grundstücke bezog, verlangte in inhaltlich enger Anlehnung an die Bundesratsverordnung über den Verkehr mit land-

99) Vgl. Asch a. a. O.

100) Preuß. Ges. S. S. 25.

101) Ueber die zahlreichen Streitfragen über den Kreis der dem Gesetz zeitlich unterfallenden Rechtsgeschäfte vgl. v. Velsen in DJZ. 1925 S. 1220 ff., Rechtspr. Lit. ebenda.

wirtschaftlichen Grundstücken besondere Genehmigung für die Auflassung, wenn das Verpflichtungsgeschäft nicht genehmigt war. Es bildete die gesetzliche Grundlage für viele Versuche zur Wiedererlangung von in der Inflationszeit veräußertem Grundbesitz, nämlich dann, wenn nur ein zum Schein mit falscher Beurkundung des Kaufpreises geschlossener und daher nichtiger Vertrag genehmigt war. Da das Bodensperrgesetz jedoch an aktuellem Interesse immer mehr verliert und seine Geltung überdies auf Preußen beschränkt ist, wird von einer Behandlung im einzelnen Abstand genommen.

b) Landesgesetzliche Veräußerungsbeschränkungen.

Landesgesetzlicher Regelung sind nach Art. 119 Ziff. 1 EG. BGB. Grundstücksveräußerungsbeschränkungen vorbehalten.

Für den Fall des Bestehens solcher Veräußerungsbeschränkungen[102]) zum Nachteil bestimmter physischer oder juristischer Personen ist zu einer beabsichtigten Veräußerung Dispens, d. h. Genehmigung einer Aufsichtsbehörde, erforderlich. Die Versagung des Dispenses hat in jedem Falle Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäfts zur Folge. Im übrigen kann es zweifelhaft sein, ob der Dispens vor Auflassung und Eintragung, auch materiell notwendig vor der Eintragung erteilt werden muß, oder ob die nachträgliche Erteilung zur Wirksamkeit des Uebertragungsgeschäfts genügt. Würde die erste Ansicht richtig sein, so müßte eine Wiederholung der Eintragung stattfinden, evtl. auch der Auflassung, obgleich dazu geringerer Anlaß vorliegen dürfte als bei der privatrechtlichen Zustimmung eines Dritten. Im einzelnen kann darüber jedoch nur auf Grund der jeweils einschlägigen Bestimmung geurteilt werden, die in der Regel auch Anordnungen über das Verfahren enthalten wird.

Hier soll noch auf einige Bestimmungen des Mecklenburg-Schwerinschen Landesrechts hingewiesen werden, die unter dem Gesichtspunkt der Veräußerungsbeschränkungen als als für die Erzeugung von Schwebezuständen bei der Auflassung in Betracht kommend angesehen werden könnten.

---

102) Näheres zit. Fuchs I, § 925 Anm. 2c, 9e; vgl. z. B. § 114 Preuß. LGO. v. 3. 7. 1891.

Es handelt sich dabei um §§ 167, 168, 180, 181 AV. BGB., durch welche das Verfügungsrecht des Berechtigten über Erbpachtgrundstücke, Rentengüter und Eigentumsparzellen beschränkt wird. Die Art der Verfügungsbeschränkungen richtet sich regelmäßig nach dem Inhalte des zur Begründung des jeweiligen Rechts am Grundstück erforderlichen Grundbriefs oder Rentengutvertrags. Die grundbrieflichen Beschränkungen wirken gemäß § 167 Abs. 2 AV. BGB. auch gegenüber einem Dritten, es sei denn, daß dieser gutgläubig ist. Da die grundbrieflichen Beschränkungen nach § 166 AV. BGB. im Zweifel als gesetzliche gelten, bedarf es jedoch nicht ihrer ausdrücklichen Eintragung ins Grundbuch, sondern es genügt die Eintragung des Erbpacht- oder sonstigen Rechts als solchen [105]). Eine bei den meisten Erbpachtsverhältnissen vorkommende Veräußerungsbeschränkung ist die grundbriefliche Bestimmung, daß der durch Erbgang Berufene oder rechtsgeschäftliche Erwerber seine Anerkennung durch den Obereigentümer zu erwirken hat. Die Vorschrift des § 175 AV. BGB., daß seine Eintragung erst nach erfolgter Anerkennung erfolgen solle, ist jedoch nur Ordnungsvorschrift, wie sich aus der Fassung ergibt. Ihr Mangel steht daher bei trotzdem erfolgter Eintragung und bei rechtsgeschäftlichem Erwerb in Verbindung mit der Auflassung der Rechtsänderung nicht entgegen, erzeugt mithin auch keinen Schwebezustand.

c) Landesgesetzliche Erwerbsbeschränkungen.

Durch die Einführung des BGB. sind nach Art. 86, 87, 88 EG. BGB. unberührt geblieben und die landesgesetzlichen Grundstückserwerbsbeschränkungen

a) für die tote Hand, d. h. juristische Personen,
b) für die Mitglieder religiöser Orden pp.,
c) für die Ausländer [103]).

Von dem Vorbehalt zu b) und c) haben die Länder im Verhältnis zu a) geringen Gebrauch gemacht. Indessen hat die Sorge, größere Liegenschaften könnten in der toten Hand kapitalkräftiger juristischer Personen vereinigt, der Boden dadurch industrialisiert und die Bodenständigkeit weiterer Volksschichten entwurzelt werden, die meisten Länder veran-

105) Langfeld, Bem. 2 zu § 167 AV. BGB.

103) Falls keine Gegenseitigkeit verbürgt ist (vgl. z. B. RGZ. 105 S. 172 ff.).

laßt, gegen den Erwerb von Landgütern die Schranken notwendig erforderlicher staatlicher Genehmigung aufzurichten [104]).

Auf den speziellen Inhalt der einzelnen Bestimmungen braucht in dieser grundsätzlichen Abhandlung nicht eingegangen werden. Allen ist die condicio iuris staatlicher Genehmigung zur Wirksamkeit von Grundstückserwerbsgeschäften gemeinsam.

Wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen, wird im allgemeinen anzunehmen sein, daß Genehmigung des Kausalgeschäfts die Genehmigung des Erfüllungsgeschäfts mitumfaßt.

Daß eine Eintragung erfolgt, bevor die zur Wirksamkeit des Eigentumsübertragungsgeschäfts erforderliche Genehmigung erteilt und diese Tatsache dem Grundbuchamt mitgeteilt ist, sollte nach dem Grundsatz „iura novit curia" ausgeschlossen sein. Erfolgt sie trotzdem, so wird das Grundbuch unrichtig und das ganze Eigentumsübertragungsgeschäft befindet sich wie vorher die Auflassung allein im Zustande aufschiebend bedingter Schwebe.

In einigen Fällen, z. B. bei Zuwendungen an Religiose, vgl. Art. 87 Abs. 1 EG. BGB., ist für das Erfordernis der Genehmigung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb unterschieden. Da sich in solchen Fällen das Genehmigungsbedürfnis nach der Natur des Grundgeschäfts richtet, ist der Grundbuchrichter berechtigt und verpflichtet, die Vorlegung der Urkunde über das Grundgeschäft zu verlangen und Auflassung und Eintragung abzulehnen, bevor der Nachweis über das Vorliegen der wirksamkeitsfähigen Voraussetzungen für den Eintritt der beabsichtigten dinglichen Rechtsänderung geführt ist. Ist die causa einer Grundstückszuwendung an Religiose ein Kauf, so tritt die Rechtsänderung auf Grund von Auflassung und Eintragung auch ohne ihre vorherige Prüfung durch den Grundbuchrichter ein. Ist die causa eine Schenkung, so würde das dingliche Geschäft bis zur nachträglichen Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung schwebend unwirksam sein.

Das im öffentlichen Interesse zur Kontrolle der dinglichen Rechtsänderung bestehende Genehmigungsbedürfnis der Auflassung ist eine Erwerbsbeschränkung in anderem Sinne

104) Vgl. die Ausführungsbestimmungen der Länder (früher Bundesstaaten) zum BGB. zit. bei Fuchs I, § 925 Anm. 9 f.; Meckl.-Schw. AB. BGB. §§ 26—30.

als die Bestimmung des § 1821 Ziff. 4 BGB. Denn das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bei Grundstückserwerb betrifft nur das Grundgeschäft, während die Rechtsänderung durch ihren Mangel unmittelbar nicht betroffen wird.

Anhang zu A:
Auflassung buchungsfreier Grundstücke.

Von der Regel der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung an Grundstücken durch Auflassung und Eintragung abweichend erfolgt die Eigentumsübertragung an Grundstücken, die dem Buchungszwang nicht unterliegen, sogen. buchungsfreien Grundstücken ohne Hinzutritt des behördlichen Formalakts.

Buchungsfrei sind auf Grund des § 90 GBO. durch landesherrliche (jetzt landeshoheitliche) Verordnung dem Buchungszwang entzogene Grundstücke, z. B. des Fiskus, gewisser juristischer Personen usw. Bei einem Eigentumswechsel dauert die Buchungsfreiheit nur dann fort, wenn das Grundstück auch in der Hand des Erwerbers nicht buchungspflichtig ist. Anderenfalls vollzieht sich der Eigentumsübergang gemäß Art. 127 EG. BGB. nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen und zwar in Preußen nach Art. 27 AG. BGB. und in Mecklenburg-Schwerin nach § 103 AV. BGB. durch Einigung in gerichtlicher oder notarieller bzw. öffentlich beglaubigter Form. Für den in der Einigung konzentrierten dinglichen Vertrag ist an sich natürlich die Möglichkeit eines Schwebezustandes nicht ausgeschlossen, wird aber in Ansehung der Vertragsparteien tatsächlich kaum anders vorkommen als dann, wenn Mängel in der Stellvertretung eines Beteiligten vorliegen.

B. Auflösend bedingte Schwebezustände.

Wie aufschiebend bedingte Schwebezustände bei der Auflassung infolge ihres bedingungsfeindlichen Charakters nur durch das Vorliegen zunächst unerfüllter Rechtsbedingungen eintreten konnten, so ist auch die Entwicklung auflösend bedingter Schwebezustände willkürlicher Parteidisposition entzogen und kann lediglich auf ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung beruhen.

Auflösend bedingt schwebend ist eine Auflassung daher nur dann, wenn die Auflassungserklärung eines Beteiligten oder die zu ihrer Wirksamkeit erforderliche Zustimmungserklärung eines Dritten wegen eines ihr bei Abgabe der Erklärung anhaftenden Mangels anfechtbar und daher neben den gewöhnlichen Wirkungen der betreffenden Erklärung ein Anfechtungsrecht des Erklärenden entstanden ist.

Die Auflassung ist in solchen Fällen zunächst wirksam, aber in ihrer Wirksamkeit von dem zukünftigen ungewissen Ereignis der Ausübung des Anfechtungsrechts bedroht und gemäß § 142 Abs. 1 BGB. mit Eintritt dieses Ereignisses als von Anfang an nichtig anzusehen. Der Schwebezustand besteht, solange die Anfechtung möglich ist und bildet bei Nichtausübung des Anfechtungsrechts mit dessen Erlöschen die Vorstufe endgültiger Wirksamkeit.

Zum Unterschied von der schwebenden Unwirksamkeit aufschiebend bedingt schwebender Rechtsgeschäfte erscheint die Bezeichnung schwebende Wirksamkeit für auflösend bedingt schwebende Geschäfte das Wesen des Schwebezustandes am besten zu treffen. Denn in der Schwebe befindet sich der bis zur Beendigung des Schwebezustandes herrschende Zustand schwebender Wirksamkeit (im Gegensatz zu dem bei aufschiebend bedingten Schwebezuständen bis zur Beendigung des Schwebezustandes herrschenden Zustand der Unwirksamkeit), nicht aber die infolge wirksamer Anfechtung eintretende Nichtigkeit [106]).

Das Anfechtungsrecht kann entstehen:

1. in der Person eines Auflassungsbeteiligten, auf dessen Seite bei Abgabe der Auflassungserklärung ein zur Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB. berechtigender Willensmangel vorliegt,

---

106) a. M. Enneccerus I, § 189, II; Endemann I, § 75, 2; Biermann § 56, 1, welche von schwebender „Nichtigkeit" sprechen, so Biermann am angegebenen Orte; „Das anfechtbare Geschäft ist von vornherein nichtig. Die Nichtigkeit wird erst durch die Anfechtung enthüllt, sie soll nicht rechtszerstörend sein." — Wie bedenklich diese Auffassung ist, geht daraus hervor, daß ja bei Nichtausübung des Anfechtungsrechts das anfechtbare Geschäft endgültige Wirksamkeit erlangt, das Geschäft also bei Nichteintritt des angeblich nur deklaratorischen Moments der Anfechtung gar nicht nichtig gewesen sein kann." — Im Ergebnis zustimmend v. Tuhr II, 1, § 57, I.

2. in der Person eines mittelbar beteiligten Zustimmungsberechtigten, falls eine der Voraussetzungen der Anfechtbarkeit der Zustimmungserklärung wegen Willensmangels vorliegt,

3. in der Person eines an der Auflassung unbeteiligten Dritten, und zwar

a) des Konkursverwalters im Falle nachträglicher Konkurseröffnung über das Vermögen des Veräußerers nach Maßgabe der §§ 30 ff. KO.,

b) eines Gläubigers des Veräußerers unter den Voraussetzungen des § 3 Anf. Ges.

Hierzu ist im einzelnen zu sagen:

Ein zur Anfechtung berechtigender Willensmangel kann beruhen:

1. auf Irrtum nach Maßgabe des § 119 BGB.,
2. auf Drohung durch den Auflassungsgegner oder
3. auf arglistiger Täuschung durch den Auflassungsgegner oder einen Dritten, wenn der erstere die Täuschung kannte oder kennen mußte, gemäß § 123 BGB.

Ob eine dieser Voraussetzungen der Anfechtbarkeit vorliegt, richtet sich nach der Lage des Einzelfalles.

Aus der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages ergibt sich, daß die Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht ohne weiteres auch die Anfechtbarkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge hat. Diese Wirkung tritt vielmehr nur dann ein, wenn der Anfechtungsgrund sich auf beide Geschäfte bezieht[107]). Die prinzipielle Trennung zwischen dem den konkreten Verpflichtungsgrund enthaltenden Kaufalgeschäft und dem selbständigen abstrakten Erfüllungsgeschäft schließt die Möglichkeit der Annahme aus, beide Geschäfte als Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts anzusehen und gemäß § 139 BGB. die Nichtigkeit des einen ohne weiteres auf das andere Geschäft auszudehnen[108]). Dieser

---

107) Staudinger § 873 *B*, IV, 2*b*; Rosenberg § 873, III, 2*c* ζ; RGZ. 66, 389; 69, 16.

108) Rosenberg § 873, III, 2*c* η; Goldmann-Lilienthal II, § 34, III, 6; Bruck S. 65; Pabst S. 63 Anm. 1; v. Tuhr II, 1, § 56 zu 43; RGZ. 57, 96; 66, 390. a. M.: Predari 108 ff.; Kretschmar: „Recht" 1910, 79 u. a. Wolff § 38, II, 4, für den Fall, daß die Gültigkeit des kausalen zur Bedingung des dinglichen Geschäfts gemacht ist, also nicht anwendbar auf die bedingungsfeindliche Auflassung.

Grundsatz wird auch dadurch nicht berührt, daß beide Geschäfte gleichzeitig und in einem äußerlich einheitlichen Akte vorgenommen sind. Der bezeichnete Umstand könnte höchstens die Annahme erleichtern, daß der jeweilige Willensmangel sich auf beide Geschäfte bezieht. Im übrigen kann die gleichzeitige oder zeitlich auseinanderfallende Vornahme beider Geschäfte keinen Unterschied in ihrer rechtlichen Behandlung rechtfertigen.

Selten wird sich der Inhaltsirrtum des § 119 Abs. 1 BGB. auf beide Geschäfte beziehen, da beide einen verschiedenen Inhalt haben. Anders der Irrtum des § 119 Abs. 2 BGB. über wesentliche Eigenschaften des Auflassungsgegners oder des Grundstücks, der als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt[109]). So wird ein Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers oder über die Höhe der Belastung des betroffenen Grundstücks regelmäßig zur Anfechtung beider Geschäfte berechtigen, wenn er sowohl zum Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts als auch zur Bewirkung des Leistungsgeschäfts geführt hat.

Ein Irrtum über die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts begründet eine Anfechtbarkeit des Erfüllungsgegeschäfts als rechtlich unbeachtlicher Irrtum im Motiv nicht, es sei denn, daß er auf arglistiger Täuschung beruht. Im letzteren Falle unterliegt auch der Irrtum im Motiv als Sonderfall arglistiger Täuschung der Anfechtung. Ein Irrtum über den rechtlichen Grund einer Verfügung berechtigt niemals zur Anfechtung, da durch die abstrakte Natur des Verfügungsgeschäfts der Rechtsgrund der Verfügung aus dem Inhalte des Verfügungsgeschäftes ausgeschieden ist[110]).

Wenn eine arglistige Täuschung oder Drohung für den Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes bestimmend gewesen ist, wird, und zwar auch bei zeitlichem Auseinanderfallen beider Geschäfte[111]), der dadurch beeinflußte Willensmangel sich meistens auch auf die Auflassung erstrecken[112]), es sei denn, daß der Vertreter bedroht oder getäuscht ist und der Vertretene auflässt oder umgekehrt[113]). Im Zweifel soll eine Anfechtungserklärung wegen Drohung oder arglistiger Täuschung auf das obligatorische und dingliche Geschäft bezogen werden, da von einem rechtsfremden Anfechtungsberechtigten

109) Hierzu RGZ. 66, 385; JW. 1908, 476, 3.
110) v. Tuhr II, 1, § 67, Text zu Anm. 49.
111) RGZ. 69, 13; 70, 55.
112) v. Tuhr II, 1, § 68, III Abs. 3.
113) Rosenberg § 873, III, 2c β.

die Aufhebungsabsicht aller durch das widerrechtliche Verhalten des Geschäftsgegners eingetretener Rechtsfolgen anzunehmen ist[114]). Ist die Zwangslage erst nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts eingetreten und daher nur für die Vollziehung der Erfüllung bestimmend gewesen, so greift ein Anfechtungsrecht nur für das dingliche Geschäft Platz. Hat die den Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts bestimmende Zwangslage nachträglich aufgehört, so kann die trotzdem vorgenommene Auflassung unter Umständen als Bestätigung des anfechtbaren Kausalgeschäfts im Sinne des § 144 BGB. und mithin als Verzicht des Anfechtungsberechtigten auf sein Anfechtungsrecht aufgefaßt werden, so daß eine Anfechtbarkeit überhaupt wegfällt[115]).

Zur Uebersicht der Anfechtbarkeit von Eigentumsübertragungsgeschäften an Grundstücken mag folgende Zusammenstellung dienen:

1. Durch die alleinige Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts wird die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts nicht berührt[116]). Mit der Anfechtung fällt der Rechtsgrund für das Verfügungsgeschäft fort. Ist dieses bereits oder wird es trotzdem vorgenommen, so richten sich die Ansprüche des Veräußerers nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Im Falle der Weiterveräußerung ist der Dritterwerber durch guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts gegen Herausgabeansprüche geschützt, es sei denn, daß eine Vormerkung zur Sicherung des Rückauflassungsanspruchs eingetragen ist.

2. Ist das Verfügungsgeschäft allein anfechtbar, so bleibt auch im Falle der Anfechtung die durch das Kausalgeschäft begründete Verpflichtung zur Bewirkung der Rechtsänderung natürlich unberührt, so daß, falls nicht besondere Einwendungen gegen die Erfüllung vorgebracht werden können, die Anfechtung des Verfügungsgeschäfts im allgemeinen sinnlos sein dürfte.

Durch die Anfechtung wird die Auflassung und, falls auch die Eintragung bereits erfolgt ist, das ganze Rechtsänderungsgeschäft von Anfang an nichtig und das Grundbuch unrichtig[117]). Gegen den gutgläubigen Erwerb von

114) v. Tuhr II, 1, § 68, III Abs. 3 a. E.
115) JW. 04, 349; 133; 348.
116) Vgl. Anm. 108 dieser Abhandlung.
117) Staudinger § 873 *B*, IV, 2*b*.

Rechten durch Dritte wird der Veräußerer durch die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchinhalts geschützt, die allerdings erst nach erfolgreich durchgeführter Anfechtung zulässig ist, weil es solange an der dinglichen Berechtigung fehlt. Da die auf Anfechtung beruhende Nichtigkeit der Auflassung auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme zurückwirkt, werden auch die von dem Erwerber vor der Anfechtung in Ansehung der Grundstücks vorgenommenen Verfügungen unwirksam. Ein Dritterwerber wird jedoch gemäß § 892 BGB. gegen den Verlust des Grundstücks durch seinen guten Glauben an das Recht des Ersterwerbers geschützt, es sei denn, daß er die Anfechtbarkeit des dessen Eigentumserwerbs zugrunde liegenden Verfügungsgeschäfts kannte. Denn nach § 142 Abs. 2 BGB. wird, wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Geschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen. Der gute Glaube des Dritterwerbers hat hier also nicht den gewöhnlichen Inhalt, daß er seinen Geschäftsgegner für den Eigentümer des Grundstücks hielt, der dieser bis zur Anfechtung tatsächlich war, sondern daß er die Anfechtbarkeit des Geschäfts, auf dem das Recht des Geschäftsgegners beruhte, nicht kannte und nicht kennen mußte. Von praktischer Bedeutung erscheinen diese Folgen jedoch nur dann, wenn

3. Kausalgeschäft und Verfügungsgeschäft anfechtbar und angefochten sind. Denn in diesem Falle ist auch die Verpflichtung des Veräußerers zur Eigentumsübertragung erloschen. Ist lediglich die Auflassung erfolgt, so wird dieselbe durch die Anfechtung nichtig, ist mithin jegliche Eintragungsgrundlage fortgefallen. Ist auch die Eintragung bereits erfolgt, aber das Grundstück noch nicht weiterveräußert, so hat der Veräußerer einen einfachen Berichtigungsanspruch des infolge der Anfechtung unrichtig gewordenen Grundbuchinhalts, mit dem er im Falle erfolgter Weiterveräußerung auch gegen einen böswilligen Dritterwerber durchdringen würde, da der Eigentumswechsel als nichtig anzusehen und das Grundbuch daher unrichtig wäre. Ist die Weiterveräußerung an einen im Sinne des § 142 Abs. 2 BGB. gutgläubigen Dritterwerber erfolgt, so kann durch die Anfechtung das Grundstück nicht zurückerlangt werden. Da aber durch die Anfechtung das zwischen dem Veräußerer und Ersterwerber vorgenommene Verfügungsgeschäft von Anfang an nichtig wird, ist infolge dieser Rückwirkung die Auflassung des Zweiterwerbers an den Dritterwerber als Verfügung eines Nichtberechtigten zu beurteilen. Der Veräußerer hat daher

gemäß § 816 Abs. 1 BGB. gegen den Zweiterwerber einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses und, falls die Weiterveräußerung unentgeltlich erfolgt und der Dritterwerber noch im Besitze des Grundstücks ist, einen obligatorischen Anspruch auf Rückauflassung.

Bei Anfechtbarkeit des Kausal- und Verfügungsgeschäfts muß jedes Geschäft besonders angefochten werden, da sich, wie früher erwähnt, aus der Anfechtung des ersteren nicht ohne weiteres auch die Nichtigkeit des zweiten ergibt. Neben der Anfechtung des Verfügungsgeschäfts ist eine ausdrückliche Anfechtung des Kausalgeschäfts deswegen erforderlich, weil mit der allgemeinen Anfechtung des Verfügungsgeschäfts nicht die Verpflichtung zur Auflassung beseitigt würde. Falls an beiden Geschäften dieselben Personen beteiligt sind, was bei Gleichheit des Anfechtungsgrundes notwendig der Fall sein muß, genügt eine Anfechtungserklärung. Der Gebrauch des Wortes „Anfechtung" ist nicht erforderlich, wenn sich aus der Erklärung des Anfechtungsberechtigten mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, daß er das angefochtene Geschäft nicht gelten lassen will[118]).

Die Anfechtungserklärung des Berechtigten hat dem Auflassungsgegner gegenüber in Gemäßheit des § 143 Abs. 1 u. 2 BGB. zu erfolgen und ist an keine Form gebunden. Formlose Anfechtung macht also auch eine durch Eintragung bereits eingetretene Rechtsänderung nichtig. Auch nach erfolgter Anfechtung ist gutgläubiger Erwerb des Grundstücks nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Anfechtbarkeit weder kannte noch kennen mußte, da sich aus § 142 Abs. 2 BGB. nicht ergibt, daß diese Bestimmung nur bis zur Anfechtungserklärung Geltung haben soll. Gutgläubiger Erwerb wird erst durch die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchinhalts ausgeschlossen. Vor Eintragung dieses Widerspruchs ist zum Nachweise des dinglichen Rechts grundbuchamtlich die Anfechtungserklärung in der Form des § 29 GBO. zu verlangen.

Die Möglichkeit der Anfechtung beginnt bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes mit der Abgabe der Auflassungserklärung des Anfechtungsberechtigten, mithin, da die Auflassungserklärungen der Beteiligten gleichzeitig abgegeben werden müssen, mit der Auflassung. Die Ansicht, daß das Anfechtungsrecht erst nach erfolgter Eintragung aus-

118) Enneccerus I, I, § 190, III, 2 (Anm. 11 u. 12); RGZ. 48, 221; 65, 88; v. Tuhr II, 1 § 57, II.

geübt werden kann[119]) ist unrichtig. Denn anfechtbar ist die Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten ohne Rücksicht auf ihre selbständige Wirksamkeit[120]), und ihre auf der Anfechtung beruhende Nichtigkeit hat die Nichtigkeit des ganzen, gleichgültig, ob vollendeten oder unvollendeten Geschäfts zur Folge.

Das Anfechtungsrecht erlischt bei Nichtausübung mit dem Ablauf der vom Gesetz vorgesehenen Fristen. Mit dem fruchtlosen Ablauf dieser Fristen wird der bis dahin bestehende Schwebezustand beendigt und die Auflassung bzw. das ganze Eigentumsübertragungsgeschäft endgültig wirksam. — Die Anfechtung wegen Irrtums — §§ 119, 120 BGB. — hat unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrunde, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung binnen eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung, die Anfechtung wegen Drohung nach Aufhören der Zwangslage zu erfolgen und ist überhaupt ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der anfechtbaren Auflassungserklärung dreißig Jahre verstrichen sind §§ 121, 124 BGB.

Was nun die Anfechtbarkeit der Zustimmungserklärung anlangt, so ist von ihr die vom Vormundschaftsgericht oder einer anderen Behörde erteilte Zustimmung ausgenommen, da dieselbe als obrigkeitliche Verfügung nicht den Vorschriften über private Willenserklärungen unterliegt.

Wird eine vor der Auflassung erteilte Zustimmung, d. h. Einwilligung, noch vor der Vornahme des Verfügungsgeschäfts angefochten, so ist die Rechtslage nicht anders als beim Widerruf der Einwilligung. Dieser dürfte übrigens in jedem Falle vorzuziehen sein, da er keines Grundes bedarf, wenn man nicht überhaupt jede Anfechtung einer Einwilligung, sofern sie vor Vornahme des Geschäfts erfolgt, als Widerruf auffassen will. Unter der bezeichneten Voraussetzung ist die nachträgliche Erteilung der Zustimmung nicht ausgeschlossen, und die später vorgenommene Auflassung ist bis zum Eintritt der Genehmigung oder bis zu ihrer Verweigerung schwebend unwirksam.

Erfolgt die Anfechtung der Zustimmung, gleichgültig, ob diese sich als Einwilligung oder Genehmigung darstellt,

119) Vgl. Bruck S. 55.

120) Goldmann-Lilienthal II, § 32, An. 32.

erst nach Vornahme der Auflassung, so wird die Anfechtungserklärung neben ihrer speziellen Wirkung hinsichtlich der Zustimmung im allgemeinen die weitere Wirkung einer Verweigerung der Genehmigung des Hauptgeschäfts haben. Liegen jedoch besondere Umstände für die Annahme vor, daß diese Wirkung von dem anfechtenden Zustimmungsberechtigten nicht gewollt ist, so ist eine spätere Genehmigung noch möglich.

Die Anfechtung der Zustimmungserklärung beeinflußt die Wirksamkeit der Auflassung zwar notwendig, aber nur mittelbar. Denn die Anfechtung beseitigt nur, und zwar mit rückwirkender Kraft, die angefochtene Zustimmungserklärung. Mit dem Fortfall der Zustimmung als eines zu ihrer Wirksamkeit wesentlichen Geschäftsbestandteils büßt die Auflassung ihre während dessen Vorliegens vorhandene Wirksamkeit wieder ein. Infolge der Rückwirkung der Anfechtung ist die Auflassung nunmehr so anzusehen, wie die Auflassung eines Nichtberechtigten (oder vollmachtlosen Vertreters usw.), gleichgültig, ob die angefochtene Zustimmungserklärung vor oder nach Vornahme der Auflassung abgegeben war, da sie ja als niemals vorhanden gewesen zu gelten hat. Daraus ergibt sich, daß für den Fall, daß die Anfechtungserklärung als Verweigerung zukünftiger Genehmigung aufzufassen ist, die Auflassung von vorneherein nichtig wird, für den Fall, daß eine Verweigerung späterer Genehmigung nicht gewollt ist, rückwirkend schwebende Unwirksamkeit der Auflassung.

Hat die Auflassung bereits zur Eintragung geführt, so wird durch eine in der Anfechtungserklärung liegende Verweigerung der Genehmigung das infolge der rückwirkenden Anfechtungswirkung als solange schwebend unwirksam anzusehende Eigentumsübertragungsgeschäft von vorneherein nichtig, und das Grundbuch bleibt bis zur Berichtigung unrichtig. Ist die Anfechtungserklärung nicht als endgültige Verweigerung der Genehmigung auszulegen, so wird das Eigentumsübertragungsgeschäft rückwirkend schwebend unwirksam. Bei späterer Erteilung der Genehmigung wird das Geschäft von Anfang an wirksam und das in der Zeit zwischen Anfechtung und späterer Genehmigung unrichtige Grundbuch richtig, bei späterer ausdrücklicher Verweigerung der Genehmigung wird das Geschäft von Anfang an nichtig, während das seit der Anfechtung unrichtige Grundbuch bis zur Wiedereintragung des ursprünglichen Berechtigten unrichtig bleibt.

Wird das Grundstück nach Auflassung und Eintragung, aber vor der Anfechtung weiterveräußert, so gilt der Inhalt des Grundbuches zugunsten des Zweiterwerbers nur dann als richtig, wenn dieser die Anfechtbarkeit der Zustimmungserklärung weder kannte noch kennen mußte. Denn anderenfalls muß er sich nach der die Geltung des § 892 Abs. 1 BGB. einschränkenden Bestimmung des § 142 Abs. 2 BGB. so behandeln lassen, als wenn er die Nichtigkeit der Zustimmungserklärung gekannt hätte. Das bedeutet aber, da ja nach Anfechtung der Zustimmungserklärung das zustimmungsbedürftige Verfügungsgeschäft nach Maßgabe der Auslegung der Anfechtungserklärung rückwirkend als nichtig bzw. schwebend unwirksam anzusehen ist, daß er auch die dadurch bewirkte Unrichtigkeit des Grundbuchinhaltes und endgültig oder vorläufig mangelnde Verfügungsberechtigung des Erwerbers kannte.

Die Anfechtungserklärung ist nach § 143 Absatz 3 BGB. demjenigen gegenüber abzugeben, dem die Zustimmung zu erteilen war. Da im Gesetze nicht gesagt ist, daß nur derjenige in Betracht kommt, dem gegenüber sie abgegeben ist, und die Zustimmung im allgemeinen beiden Beteiligten erteilt werden kann, wird auch die Wahl des Anfechtungsgegners im allgemeinen dem Anfechtungsberechtigten überlassen bleiben können. Voraussetzung ist allerdings, daß dem Gegner gegenüber ein Anfechtungsgrund vorliegt [121]).

Die Anfechtung der Auflassung im Konkurse oder außerhalb des Konkurses sei hier nur beiläufig erwähnt. Sie stellt nicht einen der typischen Fälle von auflösend bedingten Schwebezuständen dar. Das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters oder eines Gläubigers gelangt hier häufig erst nach der Vollendung der Rechtsänderung zur Entstehung und damit auch erst die Schwebe des Geschäfts. Außerdem bewirkt die Anfechtbarkeit oder die vollzogene Anfechtung nicht eine absolute, sondern nur eine relativ schwebende oder endgültige Unwirksamkeit der Eigentumsänderung, nämlich nur im Verhältnis zu den Gläubigern des Veräußerers. — —

121) Enneccerus I, 1, § 190, III, 8 verb. m. 7.

Rechtsquellen.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.

Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897.

Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 1924.

Mecklenburg-Schwerinsche Verordnung zur Ausführung des BGB. vom 9. April 1899.

Mecklenburg-Schwerinsche Verordnung zur Ausführung der GBO. vom 9. April 1899.

Bundesratsverordnung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken, Bekanntmachung vom 15. März 1918.

Mecklenburg-Schwerinsche Ausführungsbestimmungen zu dieser Bekanntmachung vom 3. März 1918 und 12. November 1921.

Preußisches Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken vom 10. Februar 1923.

Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 14. Juni 1922.

Literatur.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung nebst den preuß. Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Uebersicht über das materielle Grundbuchrecht. Berlin, 1901.

Asch: Der Grundstückskauf. Berlin, 1926.

Best: Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. Gießen, 1896.

Biermann: Kommentar zur Grundbuchordnung. 3. Aufl. Berlin, 1914.

Bruck, Eberhard Friedr.: Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 13. Heft. Breslau, 1904.

Derselbe: Zur Lehre von den Rechtsgeschäften, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung unzulässig sind. Breslauer Diss. Breslau, 1904.

Bruck, Ernst: Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Straßburger Diss. Berlin, 1900.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena, 1904.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen, 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. III. 3. Aufl. Halle, 1904.

Deutsche Juristenzeitung, Verlag Otto Liebmann. Berlin. Zit. DJZ.

Deutsche Richterzeitung, herausgegeben vom Deutschen Richterbund. Leipzig.

Eccius: Aufsätze in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., herausgegeben von R. Leonhard, 1. und 2. Aufl. Berlin, 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 6. Aufl. Berlin, 1899. Bd. II. 3./5. Aufl. Berlin, 1900. Bd. III. 6. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus: Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. 15./17. Aufl. Marburg, 1921.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Zit. RGZ.

Foerster: Die Konvaleszenz der Auflassungserklärungen. Im „Recht", 6. Jahrg. 1902, Nr. 5 und 6.

Derselbe: Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung, in „Recht", 7. Jahrg. 1903, Nr. 3.
Fuchs-Arnheim: Grundbuchrecht. 2 Bände. Berlin 1902 und 1908.
Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. I. Bd. 12. Aufl. 1925. II. Bd. 12. und 13. Aufl. 1926. Tübingen.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. I. Bd. 2. Aufl. 1903. II. Bd. 1912. Berlin.
Grotefend-Tretschmer: Gesetzgebungsmaterial. 1923. I.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung. 2 Bände. 4. Aufl. Berlin, 1923 und 1925.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Stuttgart, 1897.
ten Hompel: Der Verständigungszweck im Recht. Berlin, 1908.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zit. KGJ.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein. Leipzig. Zit. JW.
Kipp: Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2. 9./11. Aufl. Marburg, 1920. Bd. II, 3. 11. bis 13. Aufl. Marburg, 1921.
Kluckhohn: Die Verfügungen zugunsten Dritter. München, 1914.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I und II, 2. Berlin 1906 und 1919.
Langfeld: Mecklenburgische Ausführungsbestimmungen zum BGB. Leipzig, Berlin, Rostock, 1899.
Lindemann-Soergel: Kommentar zum BGB. 1923.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 5. Heft. Breslau, 1901.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin, 1899.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere Preußens. 3. Aufl. Berlin, 1904.
Ortlieb: Einigung und dinglicher Vertrag. Marburger Diss. Berlin, 1904.
Pabst: Die rechtliche Natur der Einigung im Sachenrecht. Leipziger Diss. Dresden, 1909.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin.
Predari: Die Grundbuchordnung. Berlin, 1907.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Zit. OLG. Rechtspr.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Rosenberg: Das Sachenrecht. In Hölders Kommentar zum BGB. Bd. III, 1. München 1919.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgeber: H. Th. Soergel. München, Hannover.

Salomon: Die Genemigung im ersten Buche des BGB. in ihrer Beziehung zu der Einigung des dritten Buches. Frankfurter Diss. Frankfurt, 1903.

Siber: Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht. Tübingen 1909.

Simon: Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 19. Heft. Breslau, 1907.

Staudinger (=Kober): Kommentar zum BGB. III. Bd. Sachenrecht 7./8. Aufl. 1912. Gesamtnachträge zur 7. und 8. Aufl. 1922. München, Berlin bzw. Leipzig.

Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 26, S. 149 ff. 1905.

Strohal: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsrede. Leizpig, 1904.

Turnau=Foerster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 2 Bände. 3. Aufl. 1906.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, II, 1 und 2. München und Leipzig, 1910, 1914, 1918.

Wolff: Enneccerus=Kipp=Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 12./14. Aufl. Marburg, 1921.

Lebenslauf.

Am 6. Dezember 1901 als Sohn des damaligen Gerichtsassessors, jetzigen Generalstaatsanwalts beim Oberlandesgericht zu Rostock, Paul Siegfried und seiner Ehefrau Helene, geb. Jenßen, zu Schwerin in Mecklenburg geboren, habe ich die Vorbereitungsschule des Realgymnasiums zu Ludwigslust und das Gymnasium Fridericianum zu Schwerin besucht. Von Ostern 1920 an habe ich in Heidelberg, München und Rostock Rechtswissenschaft studiert und bin seit dem 15. März 1924 als Referendar im Mecklenburg-Schwerinschen Justizdienst beschäftigt.

Herbert Siegfried.